

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THOMAZ FELIPE BILIERI PAZIO

**A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO (ART. 57 DA
LRE) COMO ENTRAVE PARA A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

CURITIBA
2008

THOMAZ FELIPE BILIERI PAZIO

**A EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO (ART. 57 DA
LRE) COMO ENTRAVE PARA A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Professor Doutor Edson Isfer

CURITIBA
2008

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo demonstrar que a aplicação da literalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005, nas atuais condições jurídicas e econômicas a que estão submetidas às empresas nacionais, inviabilizará, na maioria das vezes, a efetiva utilização do instituto da recuperação judicial de empresas. É papel do Estado estimular o desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares, visando otimizar o bem-estar da coletividade por meio da produção de riquezas. Todavia, tão importante quanto o estímulo à livre iniciativa é a criação de instrumentos capazes de recuperar as empresas em crise. O instituto da recuperação de empresas, introduzido pela nova legislação falimentar, mostra-se mais apto na tarefa de sanear as situações de crise empresarial do que o desvirtuado instituto da concordata. No entanto, o art. 57, ao prever que a concessão da recuperação judicial está condicionada à apresentação de certidões negativas de débitos tributários pela empresa devedora, impede a sua plena utilização, haja vista a impossibilidade fática de quitação dos débitos tributários antes da execução do plano de recuperação. Destarte, ao impedir a recuperação das empresas e, por consequência, a preservação da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, tal artigo está violando os princípios constitucionais da ordem econômica e os valores primordiais da própria legislação falimentar. Devendo, por isso, ser desconsiderado no caso concreto sempre que a sua aplicação gerar mais prejuízos do que a sua inaplicação.

Palavras-chave: Recuperação judicial de empresas. Art. 57 da Lei 11.101 de 2005. Inconstitucionalidade. Incompatibilidade com os princípios reitores da nova legislação falimentar.

SUMÁRIO

1.Introdução.....	01
2. A necessidade de substituição do Dec-Lei 7.661 de 1945 e a Nova Lei de recuperação de empresas e falências.....	02
2.1. A modificação do contexto social, econômico e político brasileiro e mundial nos últimos sessenta anos.....	02
2.2. Os problemas inerentes ao instituto da concordata e o seu descompasso com a nova realidade empresarial.....	05
2.3. O PLC 71 de 2003: motivos e interesses.....	08
2.4. As principais premissas da Lei 11.101 de 2005.....	13
2.4.1. Critérios econômicos: viabilidade e eficiência da empresa em crise.....	14
2.4.2. Ponderação entre os interesses envolvidos: credores, devedor e interesse público.....	19
2.4.3. A prevalência do interesse público.....	23
2.5. Os princípios adotados pela Lei 11.101 de 2005: uma análise do art. 47 como cláusula geral informadora do novo sistema falimentar brasileiro.....	27
3. Os créditos tributários no direito falimentar brasileiro.....	37
3.1. A carga tributária nacional e o seu impacto sobre a atividade empresarial.....	37
3.2. A crise empresarial e sua interferência na esfera jurídica dos credores.....	41
3.3. Crédito tributário e o direito falimentar brasileiro.....	44
3.4. Os créditos tributários na Lei 11.101 de 2005.....	49
4. A exigência de certidões negativas de débito tributário como entrave para a utilização do instituto da recuperação judicial de empresas.....	59

4.1. O art. 57 da Lei 11.101 de 2005.....	59
4.2. Parcelamento dos débitos tributários. Solução?.....	68
4.3. O art. 57 da Lei 11.101 de 2005 e a sua incompatibilidade com os princípios constitucionais.....	71
4.4. Possibilidade de concessão da recuperação judicial independentemente da exigência prevista no art. 57 da Lei 11.101 de 2005.....	75
5. Conclusão.....	78
6. Referências Bibliográficas.....	81

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho possui como objetivo fazer uma análise jurídico-constitucional do art. 57 da Lei 11.101 de 2005,¹ defendendo a tese de que o referido artigo não deverá ser aplicado quando, no caso concreto, se verificar que servirá de obstáculo à utilização do instituto da recuperação judicial de empresas.

Para chegar a essas conclusões será trilhado um caminho que se iniciará com uma comparação entre o contexto histórico (político, social e econômico) da elaboração do Dec-Lei 7.661 de 1945 (antiga Lei de falências e concordatas) e da elaboração da nova Lei de recuperação de empresas e falências. Sendo, em seguida, feita uma análise sucinta da estrutura do instituto da concordata, para entendermos o porquê de sua inaptidão para cumprir a função de impedir a quebra das empresas em dificuldade financeira.

Logo após, adentraremos no estudo da LRE, procurando sintetizar quais são as principais novidades inseridas (novos institutos, objetivos, interesses tutelados, princípios), no que se diferencia da sistemática da Lei revogada e, em que medida é mais eficiente na tentativa de sanear as crises empresariais.

Posteriormente discorreremos acerca das consequências negativas advindas na alta carga tributária imposta às empresas em funcionamento no país, e sobre o histórico dos créditos tributários no direito falimentar brasileiro desde a promulgação do Código Comercial de 1850 até a legislação atualmente em vigor.

Por fim, alcançado o núcleo desse estudo, será feita uma análise do art. 57, demonstrando a sua incompatibilidade com os princípios regentes da LRE, com outras regras internas do microssistema e com a própria Constituição Federal. O que atestará que, na maioria absoluta dos casos, para que o instituto da recuperação judicial possa ser efetivamente utilizado, deverá ser afastada a exigência de apresentação de certidão negativa de débitos tributários.

¹ Tal artigo condiciona a concessão da recuperação judicial, mesmo que o plano já tenha sido aprovado pelos credores da empresa devedora, à apresentação de certidões negativas de débito tributário.

2. A NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO DEC-LEI 7.661 DE 1945 E A NOVA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS.

2.1. A modificação do contexto social, econômico e político brasileiro e mundial nos últimos sessenta anos.

Nos últimos sessenta anos a realidade mundial e brasileira se transformou. A rapidez com que a sociedade evolui é impressionante, e isso dificulta a apreensão, pelo direito, dos fenômenos sócio-econômicos objeto das normas jurídicas. Foi justamente essa rapidez na transformação das estruturas sociais que fez com que fosse imprescindível a elaboração de uma nova Lei falimentar, mais compatível com o contexto atual em que vivemos.

Verifica-se que o contexto político e econômico no qual o Decreto-Lei 7.661 de 1945 foi elaborado é completamente diverso do atual. As estruturas societárias, o exercício da atividade econômica e o modo pelo qual os agentes se comportam no mercado hodiernamente divergem muito daquilo que ocorria em meados do século XX.

No plano político-econômico mundial, predominava o Estado do bem-estar social, caracterizado pelo forte intervencionismo estatal na economia, fruto da decadência do liberalismo econômico após a grande crise americana de 1929. Convinha, desse modo, ao Estado interferir direta ou indiretamente nas relações econômicas entre particulares, sempre com o objetivo de equalização da ordem econômico-financeira.

A economia se caracterizava basicamente pela exploração da indústria de base, pelo início da internacionalização dos mercados e pelo surgimento da Revolução Tecnológica.² O ex-senador Ramez Tebet, na exposição de motivos da LRE, sintetiza a conjuntura econômica da época como um período de forte previsibilidade e regulação, o qual tinha como alicerces a paridade entre a moeda americana e a européia, a restrita movimentação internacional de capital financeiro e

² HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção do trabalho ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: Editora LTr, 2003. p. 138-139.

o papel do FMI (fundo monetário internacional) como subsidiador financeiro dos países em crise.³

No que toca ao âmbito brasileiro, tínhamos recém saído, à época, de uma ditadura nacionalista e centralizadora, para adentrar em um pequeno período de liberalismo político, com a eleição de Dutra.⁴

Nossa economia era preponderantemente rural, existindo pouquíssimas empresas de base e algumas de extração de matéria-prima para exportação e de produção de bens de consumo não-duráveis, sendo a atividade nos grandes centros pautada pelo comércio e não pela produção de bens.⁵

Foi somente com o advento da crise de 1929 que a economia industrial brasileira começou a se desenvolver, ironicamente, com base na política estatal de proteção da burguesia cafeeira, pautada na desvalorização da taxa cambial e no plano de substituição de importações.⁶ Mesmo assim a produção industrial só foi superar a agrícola no final da década de 50, como fruto do Plano de Metas e da política econômica adotada pelo governo de Juscelino Kubitschek⁷.

³ BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004.** Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004.

⁴ “Logo após o fim da Segunda Guerra, o país redemocratizou-se e Dutra foi eleito, iniciando seu governo dentro dos princípios liberais de Bretton Woods e da política seguida pelo governo Truman.” (REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria (org). **Economia brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 80.

⁵ Segundo estatística contida no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na metade do século XX a contribuição da atividade industrial para o PIB brasileiro girava em torno dos 34%, enquanto o setor de serviços respondia por mais de 50% do valor total do índice referido. (IBGE. **Estatísticas do século XX**. Disponível na internet via <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxhtml.shtm>. Consultado em 20 de abril de 2008)

⁶ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1968. p. 238-233.

⁷ “A grande depressão, que atingiu a economia mundial na década de 1930, é considerada o marco fundamental do processo de consolidação da produção industrial brasileira e mesmo latino-americana. Embora o início do processo de industrialização brasileiro remonte às últimas décadas do século XIX, a indústria só viria a se tornar o fator determinante da dinâmica econômica na década de 1930. Após a crise econômica mundial o café deixou de ser o produto que determinava os destinos da economia brasileira, mas por décadas o país ainda continuaria a ter uma produção agrícola superior à industrial. Somente em 1956 a situação se inverteria. Na pauta de exportações, a superação dar-se-ia apenas no início da década de 1970” (REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria (org). **Economia brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 70.)

Esse, resumidamente, era o contexto social, político e econômico no qual foi editada nossa antiga Lei de falências e concordatas. O qual, inegavelmente, difere muito da realidade contemporânea.⁸

No plano político, testemunhamos uma mescla de neoliberalismo⁹ com um toque de estado regulador, que visa coordenar as atividades privadas para o alcance de objetivos econômicos positivos.

Já no panorama econômico, prevalecem os efeitos da globalização e da revolução informática e de telecomunicações. Internacionalização de mercados, produção em massa, conglomerados empresariais, empresas transnacionais, comércio virtual, busca incessante por novas tecnologias, caracterizam, em síntese, o que se começou a chamar de economia globalizada. Com relação às movimentações do capital financeiro, percebe-se uma atenuação das barreiras protetivas preponderantes no período anterior, o que, de fato, aproximou as economias de diversos países, causando uma interdependência empresarial que extrapola os limites do território nacional.¹⁰

Também no âmbito do direito comercial ocorreram mudanças: as estruturas societárias evoluíram e hoje em dia é cada vez mais comum a existência de grupos e consórcios empresariais e de empresas coligadas; ocorre uma crescente valorização dos ativos imateriais, do fundo de comércio, das cartelas de clientes, do nome e da marca empresarial; o sistema de produção se torna minuciosamente planejado, tendo em vista todas as especificidades e exigências de um mercado globalizado; eleva-se a importância do marketing e da propaganda comercial para o escoamento da produção; a propriedade de bens de capital é substituída por relações negociais decorrentes de alienação fiduciária em garantia ou de

⁸ Nas palavras do senador Tasso Jereissati a Lei 11.101 de 2005 “revoga a antiga lei de falências, o superado Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, instrumento elogiável, mas que hoje se apresenta anacrônico, na medida em que não mais se coadunava a realidade das relações empresariais da modernidade.” (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Apresentação.** Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 5)

⁹ “Ressurgimento das teorias liberais tendo em vista a exaustão do modelo intervencionista de Estado que gerava incontáveis déficits para os governos. Tais teorias surgiram reivindicando uma retração do Estado no âmbito econômico, deixando de ser empresário para cuidar de necessidades sociais básicas como a saúde e a educação.” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional.** São Paulo: Editora Atlas, 2006)

¹⁰ SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n 36. abr-jun 2007. p. 226.

arrendamento mercantil operacional; aplicam-se tecnologias cada vez mais complexas e aprimoradas à produção de bens, etc.¹¹

Mais do que nunca as empresas devem se adaptar a novas estratégias de produção e de distribuição para se tornarem competitivas, devem utilizar-se de mão-de-obra, tecnologia, matéria-prima e capital da forma mais eficiente possível, devem pactuar fusões, incorporações e cisões societárias sempre visando sua sobrevivência, pois afinal estão inseridas num ambiente onde o que predomina é a busca incessante por novos mercados.¹²

Essa estrutura complexa e as exigências do mercado globalizado fazem com que o empresário seja alvo de problemas e crises que seriam inimagináveis há cinquenta ou sessenta anos atrás, sendo impossível superá-las com base na legislação anteriormente vigente.

*“Em resumo, o quadro econômico, político e social mudou dramaticamente. A realidade bem-comportada do pós-guerra verdadeiramente explodiu numa miríade de novas estruturas sociais e econômicas cujas fronteiras são imprecisas e de caráter ainda pouco definido.”*¹³

2.2. Os problemas inerentes ao instituto da Concordata e seu descompasso com a nova realidade empresarial.

O Decreto-Lei 7.661 de 1945 não possuía ferramentas aptas para solucionar as perturbações econômicas que assolam atualmente as empresas brasileiras.¹⁴

¹¹ Segundo o economista John Kenneth Galbraith as sociedades industriais modernas possuem como principais características: grande aporte de capital, uso de tecnologia avançada, organização complexa baseada na gestão empresarial em um sistema de planejamento e dinamicidade. (GALBRAITH. John Kenneth. **O novo estado industrial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1985. p. 13)

¹² AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

¹³ BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 19.

¹⁴ Pois o referido diploma legislativo era fruto de sua própria época, com bem indicava o Ministro da Justiça Alexandre Marcondes na Exposição de Motivos do anteprojeto da Lei de Falência de 1945: “Trata-se de uma modificação de fundo e de forma, no sistema até agora vigente, mas destinada a outorgar ao país, segundo penso, uma lei conforme às nossas realidades, aos problemas

Tornando-se ineficiente na tentativa de recuperar as empresas em crise, e também na condução de um processo falimentar que compatibilize os interesses dos credores com os interesses anexos¹⁵ à atividade empresarial.

Observa-se que a estratégia adotada pelo sistema do Decreto-Lei de 1945 para socorrer a empresa em dificuldades financeiras era ineficiente e incompatível com a recente realidade econômica e empresarial.

Ineficiente porque só previa como meios de recuperação a dilação do prazo para o pagamento (concordata dilatória) e/ou a remissão parcial (concordata remissiva) das dívidas. A utilização de tais estratégias, isoladas, dificilmente, conduziam à recuperação da empresa. Incompatível basicamente por ser a realidade empresarial muito mais rica e complexa do que o antigo legislador imaginava.

Hoje em dia a solução para a crise da empresa pode estar na substituição de seus administradores, em uma reorganização estrutural e produtiva, na revitalização do setor publicitário, no aporte de capital para modernização de um parque fabril obsoleto etc. Portanto, essa amarra imposta pela lei, no que concerne aos meios de recuperação, foi essencial à ineficiência do sistema concordatário no cumprimento de seus objetivos.

Além disso, não se pode esquecer que o pedido de concordata englobava somente os credores quirografários, excluindo do procedimento os demais credores interessados na solvência do devedor.

Tendo em vista o *dualismo pendular*¹⁶ que vigorou (e ainda vigora) na legislação concursal brasileira durante sua evolução, verifica-se que o Decreto-Lei de 1945 protegeu preponderantemente os interesses do devedor, já que constituía “*um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário*

econômicos, aos princípios modernos [...]” (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências (Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945)**. v. 3. 4ª ed. rev. e atual. por J. A. Panalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 201)

¹⁵ Com essa expressão deseja-se exemplificar todos os interesses, à exceção dos credores e dos sócios, afetados pela atividade empresarial – trabalhadores, consumidores, microempresários dependentes da empresa, coletividade em geral.

¹⁶ “Em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento.” (COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 98)

honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios”,¹⁷ tolhendo dos credores qualquer possibilidade de rejeição do pedido feito pelo insolvente.

Não cabe nesse momento discutir qual o interesse que deve ser protegido no caso de situação de crise empresarial (tal assunto será objeto de um estudo mais aprofundado posteriormente). Contudo, é notório que o caráter essencialmente jurídico do Decreto-Lei e a máxima proteção concedida ao devedor¹⁸ (que teria sua concordata deferida sempre que preenchesse os requisitos legais) fizeram com que várias fraudes para a dilapidação do patrimônio da empresa concordatária ocorressem, causando, como consequência, o abalo da estrutura econômica brasileira.

Rubens Requião se manifestou sobre o assunto argumentando que:

“a falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso país, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos.”¹⁹

No mesmo sentido Manoel Justino Bezerra Filho, esmiuçando a posição de Jorge Lobo, relata que:

“na realidade, a concordata havia passado a funcionar mais como instrumento do empresário mal-intencionado, que em grande parte das vezes estava preparando sua falência, protelando apenas a declaração da quebra, para ter tempo de melhor desviar bens e fraudar seus credores de forma impune.”²⁰

¹⁷ LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 220.

¹⁸ Fabio Konder Comparato, na obra acima citada, já tecia críticas ao excessivo processualismo existente do Decreto-Lei de 1945, bem como à despretenciosa proteção concedida aos devedores insolventes: “Fica-se sabendo que o único interesse protegido pelo instituto é o interesse pessoal do devedor de continuar o seu negócio. Ora, esse tipo de proteção não passa de uma liberalidade do regime (um privilégio, no sentido quase odioso do termo), não sendo evidentemente admissível contra o interesse social [...] É imperdoável que o legislador do Século XX se deixe deslumbrar pelos ouropéis da moderna processualística, olvidando os problemas especificamente econômicos que a insolvência não deixa de suscitar, mormente quando atinge as grandes empresas.” (COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 101,108)

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

²⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

Na realidade, a experiência de quase 60 anos de vigência demonstrou que o processamento do pedido de concordata era o primeiro passo para a concretização da falência. Manoel Justino Bezerra Filho expõe:

“Dessa forma, requerida a concordata e deferido seu processamento, restava apenas aos credores inermes acompanhar o depauperamento da empresa, a diminuição de suas atividades, o paulatino desaparecimento de seus bens, até que, algum tempo depois do vencimento da primeira parcela não paga, viesse a ser decretada a falência.”²¹

Em síntese, o sistema das concordatas não conseguia proteger os interesses dos credores, e muito menos conseguia fazer com que a empresa superasse a situação de crise econômica e financeira. Não sendo desmedida a proporção de quase 90% das empresas que adentraram com pedido de concordata preventiva terem sua falência decretada.²²

2.3. O PLC 71 de 2003: motivos e interesses.

Objetivando a manutenção da empresa, no plano micro-econômico, e o desenvolvimento econômico-social do país, através da maximização da segurança aos agentes do mercado, no plano macro-econômico, foi proposto um projeto de Lei na Câmara dos Deputados, que deu início às primeiras tratativas de elaboração de uma nova Lei Falimentar, visando a atualização do processo concursal brasileiro.

O sistema meramente liquidatório²³ de origem medieval, refletido na sistemática do Decreto-Lei de 1945, tinha de ser substituído, surgindo a necessidade de adoção da sistemática saneadora, com a criação de um procedimento que fosse eficiente na tentativa de recuperação empresarial.

²¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

²² BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. XXXVIII.

²³ ABRÃO, Nelson. **Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Rumo Gráfica Editora, 1984. p. 167-168.

Não é novidade a compreensão de que muitos interesses distintos giram em torno da órbita gravitacional da empresa, fazendo com que a decretação de sua falência seja indesejável e altamente prejudicial à sociedade em geral e à economia.²⁴ Portanto, deve-se sobrepor à noção de liquidação empresarial um novo paradigma: a recuperação da empresa com o afastamento de sua situação de crise, sempre que o empreendimento se mostrar viável sob a ótica econômica.

Considerando o que já foi exposto até o momento, não é difícil compreender quais foram os motivos que levaram à elaboração de um projeto de Lei na Câmara (PL 4.376 de 1993) para substituir o Decreto-Lei 7.661 de 1945.

Pela análise da exposição de motivos da Lei 11.101 de 2005 fica claro que o norte que impulsionou a confecção de um novo diploma legal para regular o direito falimentar foi o alcance de um patamar elevado de desenvolvimento econômico para o país. Esse, de fato, foi, e em certa medida ainda é, o principal objetivo da nova Lei.

É justamente compreendendo esse fim último, que poderemos entender melhor quais foram os interesses preponderantes na elaboração do novo texto normativo.

Percebe-se, de todo modo, a ênfase dada ao conteúdo social e aos interesses econômicos. De fato, o desejo de seus elaboradores era criar uma Lei dotada de forte caráter econômico, que confortasse o mercado com certa dose de segurança jurídica necessária à redução do custo do crédito, impulsionando a economia nacional, e, por conseqüência, melhorando a condição da classe trabalhadora e de toda a conjuntura social brasileira.²⁵

Temos, portanto, dois interesses preponderantes: estímulo ao desenvolvimento econômico e busca de resultados sociais positivos.

²⁴ “Em qualquer caso, as regras estabelecidas não afetam somente as empresas em dificuldades, mas também repercutem sobre o planejamento das empresas em regular funcionamento e das pessoas que com elas negociam, pois têm influência sobre a avaliação de riscos e sobre o conjunto das transações que regem o processo econômico.” (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 23)

²⁵ “A lei de falências busca conciliar dois objetivos muitas vezes conflitantes: reduzir os custos financeiros do País, por tornar mais rápidas e efetivas as execuções de garantia, e criar um ambiente favorável para que as empresas sólidas, conjunturalmente em dificuldades, possam reestruturar-se economicamente e, com isso, conservar ativos intangíveis e manter empregos”. (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 36)

O caráter econômico imerso na nova legislação se refere à viabilidade da empresa, à redução dos custos financeiros e à segurança jurídica dos agentes no mercado. Importante ressaltar que nesse ponto não é possível fazer uma separação desses três elementos, como se pudessem ser estudados e analisados independentemente da existência dos outros, pois estão estritamente conectados, sendo cada um causa e consequência de outro.

A noção de recuperação da empresa viável e liquidação daquela que demonstre ser inviável se traduz na manutenção da fonte de produção de riqueza que, apesar de estar em crise momentânea, possui capacidade de superação, e na extinção da empresa não recuperável sob a ótica econômica, já que sua manutenção no mercado só traria mais prejuízos aos credores e a economia como um todo.

Logo, quando se fala em recuperação da empresa viável, tem que se ter em mente que a viabilidade está relacionada com uma situação de crise transitória, que possa ser superada com a utilização dos meios disponibilizados pela nova legislação.

Por sua vez, a redução dos custos financeiros é medida imprescindível na tentativa de alcance do desenvolvimento da economia nacional, pois é com a redução do valor dos juros bancários e com a maior acessibilidade ao mercado de crédito que se fomenta a economia, estimulando a atividade econômica por particulares, o que gera, conseqüentemente, desenvolvimento social.

Para concretizar o interesse de redução dos custos financeiros, a nova Lei utiliza-se de dois instrumentos principais: a modificação na ordem de recebimento dos créditos com garantia real na falência (art. 83, inc. II) e a não submissão de certas modalidades de contratos (geralmente utilizados por instituições financeiras) aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, §3º). Dessa maneira, os créditos garantidos por penhor, anticrese, hipoteca ou alienação fiduciária em garantia, formas de garantia geralmente utilizadas pelas instituições financeiras nos empréstimos ou financiamentos bancários, subiram um degrau na ordem de recebimento em caso de falência do devedor, já que na Lei anterior, dentre os credores concursais, estavam previstos em terceiro lugar, atrás dos créditos de natureza trabalhista e dos créditos tributários.

Além disso, os credores ocupantes da posição de proprietários fiduciários, arrendadores mercantis, proprietários ou promitentes vendedores de imóveis cujos

contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, incluindo os referentes a incorporações imobiliárias, e os proprietários em contrato de venda com reserva de domínio não ficam sujeitos ao processo de recuperação judicial, podendo reaver seus bens em posse do devedor assim que transcorrido o período de 180 dias de suspensão das ações e execuções contra ele propostas (art. 6º, §4º). Observa-se, ainda, que a nova legislação manteve a prioridade de crédito não sujeito a concurso dos valores decorrentes de adiantamentos de contrato de câmbio²⁶ (ACC) efetuados pelos exportadores junto às instituições financeiras, pois segundo disposição do art. 86, inc. II, tais numerários poderão ser objeto de pedido de restituição em dinheiro no caso de decretação de falência do devedor, tendo prioridade em relação aos demais créditos, na medida em que serão pagos assim que haja dinheiro disponível em caixa, respeitado o previsto nos arts. 122. 150 e 151 da Lei.

Por fim, imprescindível é o alcance da segurança jurídica no mercado, valor que não pode ser deixado de lado quando se trata de norma jurídica produtora de efeitos na ordem econômica. A segurança jurídica se alcança através de uma Lei que, além de ser objetiva e não conter deficiências estruturais, preveja instrumentos aptos para garantir uma probabilidade de recebimento do crédito pelos credores.

Por isso, a necessidade de inserção de normas que permitam a manutenção da atividade econômica (no caso de recuperação de empresas), a otimização do valor dos bens que integram o patrimônio da massa falida (no caso de falência), e que impeçam o devedor de, por meio de fraudes, dilapidar seu patrimônio. Tais espécies de normas diminuem o risco de inadimplemento por parte do devedor e aumentam a probabilidade de recebimento dos créditos pelos credores.

Exemplos disso são os meios abertos de recuperação da empresa (art. 50), o poder de decisão dos credores acerca da aprovação ou rejeição do plano de recuperação judicial (arts. 55 e 56), o prazo improrrogável de 180 dias de suspensão das ações e execuções propostas contra o devedor contado da decretação da falência ou do deferimento da recuperação judicial (art. 6º), a dotação de privilégio geral aos créditos quirografários de fornecedor que continuar prestando serviços ou negociando mercadorias com o devedor em recuperação (art. 67, parágrafo único), a possibilidade de venda antecipada dos bens perecíveis, deterioráveis ou de

²⁶ Vide art.75, §3º, da Lei 4.728 de 1965 (Lei do Mercado de Capitais)

potencial desvalorização (art. 113), a preferência da alienação em bloco dos estabelecimentos empresariais (art. 140), a previsão de meios (ação declaratória de ineficácia e ação revocatória) para tornar ineficazes certos atos praticados pelo devedor no período pré-falimentar ou revogar os atos praticados com o intuito de prejudicar os credores ou beneficiar terceiros (arts. 129 e 130) e, o maior rigor que foi dado aos crimes falimentares.²⁷

Analisado o interesse de eficiência econômica, passamos para aquele que versa acerca da busca de resultados sociais favoráveis. Contudo, é importante ressaltar que no mais das vezes o desenvolvimento social está estritamente ligado com o desenvolvimento econômico do país, servindo a prosperidade econômica como um catalisador para a realização de ações sociais efetivas.

Destarte, na exposição de motivos da LRE resta evidente o interesse do legislador na busca do bem-estar social, especialmente na proteção dos interesses dos trabalhadores, dos subempregados e dos desempregados.²⁸

E como meio direto para atingir o fim proposto foram inseridos quatro dispositivos que trazem privilégios à classe trabalhadora no processamento da recuperação judicial e da falência. São eles: a) o limite de 150 salários mínimos para o recebimento privilegiado no caso de falência do devedor (art. 83, inc. I, da Lei 11.101 de 2005), b) a superprioridade no recebimento dos créditos de natureza salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência (art. 151 da Lei 11.101 de 2005), c) a votação por cabeça nas deliberações da classe trabalhista para a elaboração e aprovação do plano de recuperação judicial (art. 45, §2º, da Lei 11.101 de 2005), e d) a vedação de estipulação de prazo superior a um ano para o pagamento dos créditos trabalhistas, acidentais ou salariais, no plano de recuperação judicial (art. 54).²⁹

²⁷ PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 535-536.

²⁸ “Nesse sentido, nosso trabalho pautou-se não apenas pelo objetivo de aumento da eficiência econômica – que a lei deve sempre propiciar e incentivar – mas, principalmente, pela missão de dar conteúdo social à legislação. O novo regime falimentar não pode jamais se transformar em *bunker* das instituições financeiras. Pelo contrário, o novo regime falimentar deve ser capaz de permitir a eficiência econômica em ambiente de respeito ao direito dos mais fracos.” (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 20)

²⁹ Na visão de Manoel Justinao Bezerra Filho a introdução do limite de 150 salários mínimos como teto para o recebimento com prioridade entre os créditos concursais não veio a beneficiar a classe

Indiretamente, sublinha-se a preservação da empresa – princípio fundamental da nova Lei – como elemento incentivador da atividade produtiva, fazendo com que sejam mantidos os postos de trabalho existentes e sejam criadas novas oportunidades de emprego.³⁰

Por fim, vale a pena notar que os motivos determinantes da ação legislativa e os interesses levados em conta no momento da elaboração, alteração e aprovação da nova Lei falimentar devem servir como cânones interpretativos necessários para orientar a atuação de advogados, juízes e membros do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e de falência. Pois se exige que a Lei seja aplicada do modo necessário para o alcance dos fins almejados pela sociedade, refletindo a função valorativa do direito.

2.4. As principais premissas da Lei 11.101 de 2005.

Com a Lei 11.101 de 2005 pretendeu-se instaurar uma sistemática completamente distinta daquela anterior, que pudesse contribuir para a satisfação dos diversos interesses envolvidos na crise empresarial, inovando ao utilizar-se de critérios econômicos para a definição de qual caminho será trilhado: o da liquidação da empresa ou, diversamente, o de sua reestruturação e reorganização administrativa e financeira.

Podemos afirmar, que, no âmbito da recuperação de empresas, as principais novidades inseridas pela Lei 11.101 de 2005 se referem a uma mitigação da

trabalhadora. Nas suas palavras: “Dizia-se que esse limite era necessário para que fossem evitados os créditos ‘maquiados’, normalmente criados na véspera da falência, em favorecimento a pessoa que nunca haviam trabalhado ou a pessoas que teriam, na realidade, um crédito muito menor. O argumento parece não ser o mais correto, pois não se pode entender como justo castigar-se o trabalhador que efetivamente tem valores altos a receber em decorrência de dedicação à empresa por longo tempo, sob a fundamentação de que o cumprimento dessa obrigação poderia vir a favorecer terceiros fraudadores. É claro que muito mais correto, intuitivo até, seria criar mecanismos para evitar a fraude, em vez de punir indiscriminadamente todos os empregados. De qualquer forma, embora de forma injusta, o legislador acabou optando por esta alternativa.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 213)

³⁰ BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 40.

interferência jurisdicional na decisão que versa sobre o futuro da empresa em recuperação e a ponderação dos vários interesses envolvidos no processo, buscando sempre satisfazer o interesse público de preservação da unidade produtiva eficiente e economicamente viável.

De fato, o direito da empresa em crise afeta não só os interesses particulares do devedor ou dos credores, mas também a economia como um todo, exigindo maior atenção pelo Poder Público.³¹ Tão importante quanto à intervenção do Estado na economia para estimular a criação e o desenvolvimento de empresas, é a interferência do Estado no sentido de recuperar àquelas que estejam passando por uma situação de crise, preservando, assim, a unidade produtiva geradora de riqueza e desenvolvimento social.³²

Reconhecendo os benefícios oriundos da preservação da empresa, o novo regime falimentar instituiu a recuperação judicial, definindo como objetivo primordial o saneamento da patologia da empresa, relegando o procedimento liquidatório somente para os casos em que o soerguimento da atividade empresarial for impossível ou trazer mais custos sociais que a sua retirada do mercado.

2.4.1. Critérios Econômicos: eficiência e viabilidade da empresa em crise.

A nova Lei de recuperação de empresas e falência definiu caminhos distintos a serem seguidos pelo devedor em estado de crise. E o caminho a ser seguido depende da verificação da eficiência e da viabilidade econômica da empresa. Às viáveis, porém em estado deficitário, aplica-se o procedimento de recuperação, já

³¹ O Deputado Federal Osvaldo Biolchi, relator do Projeto de Lei na Câmara 4.376 de 1993, ao apresentar a obra coordenada por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, enuncia: “Malgrado vivamos numa sociedade eminentemente capitalista, neoliberal e de forte economia globalizada por meio de blocos integrados, a empresa se constitui hoje patrimônio de todos, com conotação social. Deste organismo multidisciplinar que traduz a empresa depende essencialmente o trabalhador; as regras de consumo se estabelecem, os impostos são recolhidos, a demanda e a oferta se regulam, o controle inflacionário é supervisionado e a sociedade marcha na direção do crescimento e do desenvolvimento.” (BIOLCHI, Osvaldo. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. XXXVII)

³² LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 217.

aquelas que não demonstrarem sua viabilidade econômica estarão sujeitas ao processo falimentar.

Maria Helena Diniz ensina:

“A nova Lei de Recuperação e Falência procurou criar mecanismos jurídicos para a superação da crise empresarial, buscando soluções de mercado, incluindo dentre elas, se viável for, a recuperação da empresa, antes de se decretar sua falência. Assim a solução da insolvência estaria norteadada pelo princípio da viabilidade da empresa, pois se for economicamente viável, a recuperação (LRE, arts, 47 e 161) será o mecanismo apropriado, se inviável, a falência será o remédio mais eficiente.”³³

No âmbito da LRE, o devedor tem legitimidade para requerer tanto seu pedido de recuperação como a sua própria falência, sendo importante notar que esta última poderá ser pleiteada também pelos credores do devedor desde que ocorrida alguma das hipóteses previstas no art. 94 da Lei, enquanto o pedido de recuperação judicial ou de homologação do plano de recuperação extrajudicial é exclusividade do devedor.

Depois de escolhida a via da recuperação judicial, quem irá se manifestar sobre a viabilidade econômica da empresa, decidindo sobre a sua manutenção no mercado, são seus credores, a quem incumbe, segundo o disposto no art. 45 da LRE, a aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação judicial apresentado.³⁴

Assim, se os credores decidirem que a empresa não tem condições de saneamento, e por isso, rejeitarem o plano de recuperação apresentado, ocorrerá a convalidação da recuperação judicial em falência, conforme dispõe o inc. III, do art. 73 da LRE.³⁵ Por outro lado, em seu art. 95, permite ao devedor cuja falência foi

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 613.

³⁴ Nesse sentido ver decisão do TJ/SP no AGR 561.271/2-00 - CEFRJ - Rel. Des. Pereira Calças – 30.07.2008.

³⁵ Nesse ponto faz-se necessário um esclarecimento: nem sempre a rejeição do plano de recuperação pela assembléia-geral de credores acarretará a convalidação em falência, pois isso levaria a uma interpretação dissonante aos princípios de preservação e manutenção da empresa, e ainda, concederia espaço para o abuso desmedido do poder de voto por certos credores. Essa também é a opinião do jurista Julio Khan Mandel: “Defendo que a rejeição final ao plano, com força para causar a falência de modo premente, somente deve ocorrer se o desejo de quebra ficar expresso na deliberação e se a quebra da empresa realmente se mostrar como a melhor solução [...] Cabe ao juiz, dentro de sua atividade e poderes jurisdicionais, evitar o abuso de direito das partes, como no caso do grande credor que deseja a quebra do devedor somente para ‘dar lições ao mercado’, mostrando que nenhum pequeno comprador pode ficar sem pagar seu débito e não quebrar.” (MANDEL, Julio Khan. Da Convalidação da Recuperação Judicial em Falência. **Revista de**

requerida, pleitear recuperação judicial dentro do prazo de contestação do pedido de falência, abrindo possibilidade de provar a sua viabilidade econômica, impedindo sua retirada prematura do mercado. O que demonstra a intenção do legislador de reservar meios de recuperar as empresas viáveis,³⁶ liquidando somente àquelas implacavelmente inviáveis do ponto de vista econômico.

A partir dessa análise pode-se afirmar que a nova sistemática da legislação falimentar brasileira é pautada por critérios econômicos, fazendo com que se diferencie, e muito, do procedimento extremamente formalista e judicial previsto na concordata, o qual não se preocupava em verificar se a empresa assolada por uma crise econômico-financeira tinha realmente condições de ser saneada, concedendo a dilação do prazo de pagamento ou a remissão de algumas dívidas como favor legal, sempre que o devedor preenchesse os requisitos previstos em lei.³⁷

Discorrendo sobre a mudança na sistemática dos processos judiciais de prevenção da falência, Waldo Fazzio Júnior enuncia:

“A recuperação é melhor. Nela, os credores não se restringem a concordar ou não com uma proposta. Não se resumem ao papel de enfrentar, no escuro, o dilema descrito. Podem conhecer a verdadeira situação do devedor. Podem verificar se a insolvência jurídica é só uma presunção ou traduz a insolvência econômica. Podem conceder a oportunidade, porque participarão dela. Não são conformados destinatários de um favor legal, mas sujeitos ativos na recuperação.”³⁸

Portanto, cabe aos credores decidir sobre a manutenção ou a exclusão do devedor do mercado. No entanto, deve-se punir o exercício abusivo do direito de voto sempre que o credor agir puramente visando prejudicar o devedor, se

Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 241-259)

³⁶ Tome-se com exemplo a regra do art. 94, inc. I, da Lei 11.101 de 2005, que diferentemente do regime anterior, prevê a existência de título executivo devidamente protestado que supere a marca de 40 salários-mínimos como exigência ao pedido de falência pelos credores.

³⁷ Discorre Waldo Fazzio Júnior que “Na LFC, a concordata preventiva oferecia-se como expediente dilatório apto a ensejar relativo conforto ao empresário devedor, para que lograsse recompor seus ativos e manter a atividade negocial. Não se dava o devido cuidado ao exame da viabilidade do empreendimento. Este é, precisamente, o desígnio preponderante da LRE.” (JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Editora Atlas. 2005. p. 101)

³⁸ JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Editora Atlas. 2005. p. 99.

desvencilhando do interesse de satisfação de seu crédito, e impedindo, assim, que a empresa recuperável seja preservada e cumpra a sua função social.³⁹

Com efeito, é esse poder concedido aos credores que reflete a grande mudança oriunda da Lei 11.101 de 2005. Contudo, apesar da decisão caber aos credores, veremos no tópico seguinte que tal poder não é absoluto, e deverá ser exercido no sentido de dar concreção aos princípios fundamentais da nova Lei.

No entanto, é importante mencionar, que as circunstâncias e especificidades próprias do mercado podem demonstrar que uma empresa considerada viável pelos credores em uma ação de recuperação judicial, na realidade não apresentava eficiência econômica⁴⁰ suficiente para se manter inerte as dívidas e crises no mercado, fazendo com que o plano de recuperação não seja cumprido, impondo sua liquidação e extinção as expensas dos interesses dos credores.

Segundo dita o art. 53 da LRE, caberá ao devedor, quando da apresentação de seu plano de recuperação judicial em juízo, para análise pelos credores,

³⁹ Diferentemente da Lei que regula as sociedades anônimas (Lei 6.404 de 1976), a Lei 11.101 de 2005 não previu nenhum dispositivo sobre o abuso do poder de voto na assembléia-geral de credores. Mas isso não impede que o magistrado, de ofício, o Ministério Público, qualquer credor interessado ou até o próprio devedor exerçam o controle do abuso do direito de voto. Haveria abuso do direito de voto, e portanto o ato seria nulo, sempre que o credor, desviando-se da destinação social e econômica de seu direito, se pautasse por interesses estranhos à relação de crédito que possui com o devedor, destoando do interesse da coletividade de credores, não votando com a intenção de satisfazer seu crédito mas com a única intenção de prejudicar a empresa em recuperação, como, por exemplo, para retirar do mercado o devedor, seja por ser ele seu concorrente direto, seja para demonstrar seu poder econômico e dar lições aos seus demais devedores etc. Isso caracterizaria o abuso de direito - exercício de direito de modo incompatível com sua finalidade social (art. 187 do CC). O exercício abusivo de um direito é ato ilícito, sendo, dessa maneira, objeto de sanções jurídicas. O controle do voto dos credores está baseado no princípio da legalidade: todo ato contrário à Lei pode ser invalidado. O voto também poderá ser anulável, se tiver ocorrido qualquer uma das hipóteses previstas no art. 171 do Código Civil de 2002, contudo somente por arguição dos interessados. Por último, importante notar que a invalidade do ato jurídico – voto – só acarretará a invalidade da deliberação se for determinante para a decisão. Assim, se um credor detentor de grande parte dos créditos da empresa em recuperação, votar em dissonância do resto dos credores, mesmo tendo a empresa apresentado um bom plano de recuperação, que por sinal previa o pagamento da totalidade dos créditos do dissonante, e seu voto for decisivo para a rejeição do plano apresentado, estamos adiante de uma hipótese de exercício abusivo do direito de voto. Pode, também, o magistrado exercer um controle preventivo do voto abusivo, utilizando-se para isso da teoria do conflito de interesses: toda vez que o credor tiver um interesse subjacente à melhor forma de recebimento de seu crédito, como, por exemplo, um fornecedor interessado em ocupar o lugar de seu distribuidor, poderá, o magistrado impedir o exercício do direito de voto (art. 115, § 1º, da Lei 6.404 de 1976). (FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 187-196; MANDEL, Julio Khan. Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 248-252)

⁴⁰ A expressão eficiência econômica, ora utilizada, significa reinserção eficiente no mercado (capacidade de manter-se em funcionamento). Sem confundir-se com a clássica noção de eficiência utilizada pelos economistas no sentido de otimização dos resultados econômicos.

comprovar a sua viabilidade por meio de planos econômicos e financeiros. Não basta a mera elucidação dos motivos da crise e a explicação supérflua de como debelar a situação desfavorável. Deve o devedor comprovar, usando para isso estudos econômicos que indiquem a probabilidade de recuperação com uma reinserção eficiente no mercado, a viabilidade de sua atividade e o caráter transitório da crise.

Será pela verificação das metas e meios de recuperação que os credores decidirão se aprovarão ou rejeitarão o plano de recuperação apresentado, isto é, decidirão acerca da continuação ou extinção da atividade exercida pela empresa devedora.

Vê-se que a constatação da viabilidade da empresa sujeita à recuperação judicial não é tarefa fácil. Pois deve estar sempre em consonância com as regras e com a realidade econômica.

Mas não basta ao devedor somente a demonstração da capacidade de superação da crise econômico-financeira, pois a decisão dos credores será pautada também na noção de eficiência econômica.

Em síntese, analisar o plano de recuperação por uma ótica da eficiência⁴¹ quer dizer que os credores levarão em conta, na ora de sua decisão, qual caminho será o mais eficiente para o mercado e, em sentido inverso, qual caminho trará menor prejuízo a todos os interessados na atividade empresarial.

Se os custos sociais advindos da liquidação da empresa e sua conseqüente retirada do mercado forem menores que aqueles decorrentes de sua manutenção forçada no ambiente econômico, sua quebra deverá ser decretada. Como bem relembra Rachel Sztajn, o assistencialismo não combina com eficiência econômica.⁴²

⁴¹ “Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar as regras de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá.” (SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 222)

⁴² SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 221.

O objetivo da nova Lei é a manutenção da fonte produtora, dos interesses dos trabalhadores e dos credores, permitindo que a empresa cumpra a sua função social e estimule o desenvolvimento econômico e social do país. No entanto, se as condições econômicas da empresa em crise demonstrarem não ser possível a sua recuperação é aconselhável que sua falência seja decretada, pois nesse caso um assistencialismo excessivo só traria mais prejuízos à economia e à sociedade em geral.

O raciocínio lógico previsto na LRE para a recuperação de empresas pode ser entendido facilmente: A empresa é importante para a sociedade na medida em que gera riquezas, pois contribui para o desenvolvimento econômico, produção e circulação de mercadorias, criação de empregos, pagamento de tributos etc. Uma empresa em atividade, funcionando normalmente, é sinônimo de benefícios sociais. Se uma empresa em situação de crise demonstra a viabilidade de sua recuperação e ainda comprova que possui capacidade de quitar seus débitos, e que pode competir de maneira eficiente no mercado, garantido a geração de resultados positivos e a sua sobrevivência, seu plano de recuperação tende a ser aprovado.⁴³ Contudo, se não restar demonstrada a sua viabilidade ou se os credores auferirem que é mais eficiente a sua retirada do mercado, rejeitarão o plano, e deverá ser decretada a sua falência.

2.4.2. Ponderação entre os interesses envolvidos: credores, devedor e interesse público.

Outra novidade oriunda do novo regime falimentar ditado pela Lei 11.101 de 2005 é a ponderação entre os vários interesses envolvidos na órbita gravitacional da atividade empresária.

⁴³ Isso num exame neutral, desconsiderando qualquer interesse político maior que influencie na retirada da empresa do mercado.

Como já exposto anteriormente neste trabalho, a legislação falimentar brasileira, desde os seus primórdios tem vivido uma espécie de *dualismo pendular*,⁴⁴ privilegiando ora os interesses dos credores, ora os interesses do devedor, conforme as nuances políticas e econômicas de cada época.

Assim se deu com o Código Comercial de 1850, com o Decreto n. 917 de 1890, logo em seguida com a Lei n. 859 de 1902, com a Lei n. 2.024 de 1908, com o Decreto 5.746 de 1929 e com o Decreto-Lei 7.661 de 1945.

No entanto, a história nos mostra que esse dualismo não foi capaz de proporcionar nenhuma solução viável para impedir os malefícios da crise empresarial para a coletividade em geral. Expõe Fabio Konder Comparato:

“O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso direito falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.”⁴⁵

Portanto, a nova legislação vem com o intuito de sopesar os interesses existentes, sobretudo os do devedor e os dos credores, em busca de uma solução equânime, que, além dos interesses acima citados, procure otimizar o interesse público, definido para os fins desse trabalho como o conjunto dos demais interesses que gravitam ao redor da empresa.⁴⁶⁻⁴⁷

⁴⁴ Expressão utilizada por Fabio Konder Comparato na obra Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa. (COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 98)

⁴⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 102.

⁴⁶ Dentre estes interesses podemos citar: os dos trabalhadores, dos consumidores, das pessoas jurídicas de direito público arrecadoras de tributos, dos micro e pequenos empresários dependentes da empresa (fornecedores, distribuidores em geral, ou aqueles que utilizam a estrutura fabril para desenvolver os seus empreendimentos etc.) e da sociedade em geral que necessita de desenvolvimento econômico e social.

⁴⁷ Com efeito a expressão interesse público não pode ser abrangida por uma única definição. É um conceito vago que necessariamente é preenchido de acordo com a ideologia política, econômica e social predominante em uma sociedade determinada no tempo e no espaço. No entanto, independente da direção que é imposta a esse termo, ele sempre é utilizado no sentido de satisfação dos interesses da coletividade em geral, de alcance do bem-estar e do progresso da sociedade, desvinculando-se dos interesses individuais.

Segundo lição de Jorge Lobo, “*juridicamente, ponderação – de bens, de valores, de interesses, de fins ou finalidades, de princípios – significa atribuir pesos a elementos que se entrelaçam com o escopo de solucionar conflitos normativos*”.⁴⁸

E essa é a real intenção da LRE: alcançar a solução mais adequada ao caso concreto apresentado – recuperação da empresa viável e célere liquidação com maximização dos ativos daquela inviável – atribuindo pesos aos interesses antagônicos, às vezes tomando medidas favoráveis ao interesse do devedor prejudicando alguns credores, em outras tomando medidas favoráveis aos interesses dos credores, afetando negativamente a esfera jurídica do devedor.⁴⁹

Logo, quando da apresentação do plano de recuperação judicial, deve o devedor explanar de modo detalhado as razões de sua crise e o modo como pretende solucioná-la, para que os credores possam verificar, no caso concreto, a plausibilidade da tentativa de superação da patologia empresarial, visando sempre – sem nunca desconsiderar seus próprios interesses – a melhor solução, seja a de preservação do empreendimento, seja a de sua exclusão do mercado.

Como na nova sistemática falimentar a verificação da viabilidade da empresa e a consecução dos objetivos e metas previstos no art. 47 depende de um processo de negociação entre devedor e credores (*structured bargaining* no direito norte-americano),⁵⁰ com intermediação do poder judiciário, seja para ministrar tal negociação (recuperação judicial) ou seja meramente para homologá-la (recuperação extrajudicial), deve necessariamente haver um ideal de cooperação, de conciliação, de convergência de interesses entre devedor e credores e entre credores de diferentes classes internamente, para que se alcance a melhor solução

⁴⁸ LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 128.

⁴⁹ “Portanto, a defesa da preservação da empresa não autoriza sua aplicação generalizada, isto é, padronizada, com o sacrifício habitual dos credores. Há que se efetuar uma análise específica do caso concreto e, por conseguinte, dos interesses envolvidos, de modo a decidir se naquela situação prepondera a manutenção da unidade produtiva em detrimento dos seus credores (crédito) ou a liquidação imediata, evitando que seu estado de insolvência permaneça indefinido, abalando não só a comunidade envolvida, mas também a credibilidade do mercado, essencial para o seu funcionamento.” (CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 49)

⁵⁰ LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 200-205.

para o caso concreto, ou seja, aquela que melhor interesse à coletividade em geral.⁵¹

Parece difícil imaginar que os agentes econômicos, pautados sempre por objetivos egoísticos e pelo intuito de lucratividade a qualquer custo, agissem solidariamente, pensando não somente em seus interesses particulares, mas também nos outros interesses envolvidos. Mas, de fato, o próprio sistema já prevê essa lógica de determinismo econômico e, contando com o controle da legalidade da assembléia-geral pelo poder judiciário ou pelo Ministério Público, torna-se capaz de combatê-la.⁵²

Explica-se: o devedor em crise⁵³ tende a reunir todos seus esforços para evitar a falência, portanto, deverá ser diligente na elaboração do plano de recuperação judicial. Já os credores procuram sempre receber seus créditos, se a proposta de reorganização do devedor for plausível será melhor para eles (principalmente para os credores com garantia real e para os fornecedores – em regra quirografários ou com qualquer tipo de privilégio) aprová-la do que tentar recuperar seus créditos em um moroso processo falimentar de rateio, em que pouco se recebe, ainda mais quando não se está na primeira ordem de pagamento.⁵⁴

⁵¹ No plano do direito, isto é, do dever ser, é plausível que se procure incentivar a cooperação entre agentes econômicos que não raramente possuem interesses diversos, pois o direito deve impor valores a todos submetidos a sua autoridade, para garantir sempre a justiça distributiva e a produção de resultados sociais benéficos. Às vezes tal conciliação, devido a magnitude da divergência, será impraticável. Nesses casos a “outra” (falência) solução se torna inevitável. Contudo isso não impede que o direito crie as bases para a construção de um ambiente de estímulo à cooperação. Essa é a opinião de Calixto Salomão Filho (FILHO, Calixto Salomão. *Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 1. abr-jun/2003. p. 15-44) quando discorre sobre o Direito como instrumento de transformação social e econômica. Segundo o citado autor, a informação acerca do comportamento do outro agente e a existência de relações contínuas são duas condições capazes de desenvolver as soluções cooperativas, o que pode ser concretamente alcançado pelos sujeitos envolvidos na crise empresarial.

⁵² “Confia-se que desse processo de negociação estruturada (regulada pela lei) possa resultar a solução consentânea com o interesse público na preservação da empresa viável e na liquidação da empresa inviável.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 184-199.)

⁵³ Aquele de boa-fé, que não está pensando em utilizar-se do processo falimentar para perpetrar fraudes contra seus credores.

⁵⁴ “Em princípio, poder-se-ia imaginar que tal solução estaria em conflito com o interesse dos credores. Essa observação, porém, não corresponde à realidade, na maior parte das vezes, pois os credores também podem ser beneficiados pela recuperação; isso sempre ocorrerá quando a continuidade da empresa aumentar a probabilidade de recuperação dos créditos e o valor respectivo em comparação com o que se obteria no processo de liquidação. Considere-se, ainda, a possibilidade de o credor continuar a fazer negócios com a empresa recuperada.” (MUNHOZ,

Com relação aos credores trabalhistas, os quais poderiam ter interesse na quebra do devedor por estarem previstos em primeiro lugar na ordem de classificação para o recebimento na falência, constata-se que a melhor solução é a recuperação da empresa, pois só assim haverá a manutenção dos seus empregos.

Portanto, se a empresa comprovar a sua viabilidade, os credores tendem a votar a favor da aprovação do plano de recuperação,⁵⁵ dando um importante passo para o alcance do interesse público de preservação da empresa e manutenção dos postos de trabalho. Contudo, se a empresa não demonstrar a sua viabilidade, os credores rejeitarão o plano, e essa será a melhor solução para o mercado e para a coletividade indiretamente, pois um organismo gerador de insegurança, deve necessariamente ser retirado do mercado.⁵⁶

2.4.3. A prevalência do interesse público.

Já se sabe, há tempos, que o direito falimentar ou o direito da empresa em crise (para utilizar um termo mais contemporâneo) possui uma forte predominância de interesse público, e não pode mais ser estudado e analisado somente pelo viés privado, como se envolvesse somente interesses particulares. Nesse momento, não mais se discute o caráter publicista desse ramo do direito.⁵⁷

Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 189)

⁵⁵ Pois a empresa demonstrará que possui condições de recuperação, podendo, a médio prazo, saldar seus débitos com os credores, e a longo prazo, continuar gerando resultados positivos para o mercado.

⁵⁶ “A idéia de evitar ou de prevenir a falência é muito antiga: ela se justifica pelas motivações de cada uma: o devedor que quer fugir desse procedimento e suas conseqüências; o credor que espera mais de um acordo que lhe assegurará o pagamento e lhe conservará o cliente e a coletividade que se preserva de um sinistro com múltiplas conseqüências.” (MARTIN, Jean-François. *Premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle*. In: FRISON-ROCHE, Marie-Anne (org). **Le nouveau droit des défaillances d'entreprises**. Paris: Dalloz, 1995. p. 41. *Apud*: CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. pg. 48)

⁵⁷ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 186.

É nesse sentido que Jorge Lobo⁵⁸ se posiciona ao definir a recuperação judicial como instituto de Direito Econômico, mesclando caracteres de Direito Privado e de Direito Público, mas funcionando sob um eixo próprio baseado na eficiência técnica para obtenção de resultados econômicos e sociais favoráveis.

Waldo Fazzio Júnior assevera:

“O direito concursal é, hoje, o direito da empresa em crise. Superou a fase primitiva da vindita dos credores, ultrapassou os estritos limites da liquidação falitária e, dia após dia, apresenta-se como solução jurídica mais pragmática, mais sintonizada com o direito econômico e, acima de tudo, deixou de ser um mero complexo regulador de relações estritamente privadas para encampar o interesse público e as repercussões sociais das isquemias das empresas.”⁵⁹

Inconteste é que uma legislação falimentar interfere no plano econômico e social do país, refletindo a ideologia presente nas ações governamentais e servindo de instrumento implementador de políticas públicas. Os efeitos *ex ante* (antes do fato) e *ex post* (depois do fato) advindos de uma lei falimentar são inúmeros, podendo ser positivos ou negativos para a economia em geral. *Ex ante* são aqueles produzidos antes do início do processo de liquidação, que influem no agir dos agentes econômicos, fazendo com que, por exemplo, aumente a oferta de crédito no mercado ou direcionando a ação dos sócios e administradores das sociedades empresárias. Por sua vez, *ex post* são os efeitos produzidos durante o processo falimentar, que intensificam ou fazem diminuir a confiança dos agentes econômicos no alcance dos objetivos visados pela Lei.⁶⁰

De fato, toda Lei falimentar reflete escolhas políticas, que podem pender mais para os interesses dos credores ou do devedor, para uma proteção do mercado ou dos trabalhadores. Contudo, verifica-se que a LRE preconiza o interesse público existente na recuperação da empresa viável, nem que para isso seja necessário tolher uma parcela dos direitos dos credores ou retirar a empresa do controle de

⁵⁸ LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 121.

⁵⁹ JÚNIOR, Fazzio Waldo. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa**. São Paulo: Editora Atlas, 2005. pg. 20.

⁶⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 190-192.

seus proprietários, mantendo somente a atividade econômica, agora com uma administração mais eficiente.

O direito da empresa em crise não pode ser visto tão somente como uma composição litigiosa entre devedor e credor, na medida em que o rol de outros interesses que giram em torno da atividade empresária – como o interesse dos consumidores, dos trabalhadores, do fisco, a proteção do meio-ambiente – não podem ser desconsiderados.

Tendo isso em vista, Jorge Lobo proclama uma “*nova filosofia do Direito Concursal*”⁶¹ que não se satisfaz apenas garantindo:

“a) os direitos e interesses do devedor; b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiza sobretudo; c) os superiores direitos e interesses da empresa, de seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades econômicas, financeiras, técnicas, tecnológicas e gerenciais da empresa não preocupam somente ao devedor e aos seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da preservação, reorganização, saneamento e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente Massaguer Fuentes, segundo o qual o Direito da Insolvência, que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais.”⁶²

Com efeito, as normas da LRE devem ser interpretadas sempre em busca do melhor resultado social possível, e isso significa ponderar os interesses em jogo para buscar o resultado socialmente mais útil, seja esse a preservação ou a extinção da empresa.

Quando couber ao magistrado tomar alguma decisão no âmago de um processo de recuperação de empresa, deve sempre direcionar sua decisão para garantir que o resultado de maior utilidade social seja alcançado, tutelando, assim, o interesse público existente no saneamento das atividades empresariais.

A frase proferida por Albert J. Dunlap no sentido de que hoje em dia as companhias somente pertencem às pessoas que nela investem e não aos seus

⁶¹ LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 168.

⁶² LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 168.

empregados, fornecedores ou à localidade em que se situam,⁶³ é o retrato da racionalidade capitalista predominante na economia mundial globalizada,⁶⁴ contudo essa interpretação não se coaduna com o papel que foi reservado ao judiciário, muito menos com os princípios norteadores da organização da ordem econômica nacional, enumerados pelo art. 170 da CF de 1988.

Cabe ao judiciário, na aplicação da Lei, e ao legislativo, na sua criação, resolver casos e elaborar dispositivos legais que otimizem ao máximo a valorização do trabalho, a dignidade humana, a livre iniciativa e a justiça social (art. 170, caput, da CF de 1988), estimulando a atividade econômica pelos particulares, mas ao mesmo tempo criando mecanismos eficazes de distribuição social das riquezas produzidas.⁶⁵

Como o Estado, por si só, não possui aporte financeiro suficiente para garantir o bem-estar social da coletividade, ele deve criar um ambiente favorável para o desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares, o que, por conseqüência, trará uma série de benefícios sociais favoráveis, decorrentes do aumento do poder econômico dos agentes.

Um instrumento importante nessa tarefa de estímulo ao desenvolvimento econômico é o próprio direito. É por meio da elaboração de regras que facilitem a criação e a dissolução de sociedades empresárias, que combatam a dominação de mercado e o abuso de poder econômico, que garantam a segurança jurídica nas relações empresariais, que promovam a rápida circulação de crédito e de mercadorias, e que produzam uma eficiente solução para as situações de crise das

⁶³ DUNLAP, Albert J. **How I Saved Bad Companies and Made Good Companies Great**. Nova York: Time Books, 1996. p. 199-200. *Apud*: BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999, p. 13.

⁶⁴ Na realidade o mero crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento de uma nação, para que haja um desenvolvimento efetivo, o aumento de riquezas deve vir acompanhado de resultados sociais efetivos, como a distribuição de renda, diminuição de desigualdades, progresso científico etc.

⁶⁵ **Pedido de falência. Duplicatas. Protestos. Cancelamento. Inviabilidade de decretação da quebra. Ausência de concursos de credores.**

A prematura quebra de uma sociedade empresária, com a extinção de diversos postos de trabalho, é medida desarrazoada que configura flagrante ofensa ao princípio da preservação da empresa, bem como ao art. 170 da CF. Se a decretação da quebra se funda em títulos cujo protesto foi cancelado, a improcedência do pedido é medida que se impõe. Revelando-se a sociedade empresária autora como a única credora inadimplida da sociedade ré, não pode ela se valer do procedimento falimentar para a cobrança de seu crédito, vez que esse pressupõe a existência de um "concurso de credores". (TJMG – APC 1.0210.04.023967-0/001 – Rel. Des. Edilson Fernandes – 11.10.2005)

empresas, que se consolida um ambiente favorável ao exercício de atividade econômica pelos particulares.

2.5. Os princípios adotados pela Lei 11.101 de 2005: uma análise do art. 47 como cláusula geral informadora do novo sistema falimentar brasileiro.

A novel Lei de recuperação judicial e falência foi promulgada com uma pesada carga principiológica, que dita quais os valores que devem ser levados em consideração na sua aplicação e na sua interpretação para o alcance dos objetivos traçados.

Princípios são elementos valorativos que servem como diretrizes gerais para o intérprete do direito, guiando-o para que a aplique a norma de forma compatível com as finalidades previstas pelo ordenamento jurídico.⁶⁶

No texto da LRE, com relação ao instituto da recuperação judicial, a base principiológica está contida no art. 47, que assim foi redigido:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, afim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Da leitura do citado dispositivo legal infere-se que a função do instituto é auxiliar, concedendo o direito à ação de recuperação judicial, na superação da situação (temporária) de crise econômico-financeira da empresa devedora, com o fim de manter a atividade geradora de riquezas, os postos de trabalho dos empregados e os interesses dos credores em geral, promovendo a preservação da

⁶⁶ “Informa-se que termo princípio [...] é utilizado como norma jurídica vinculante, dotada de efetiva juridicidade e caráter universal, transcendendo, inclusive, determinadas decisões positivadoras do legislador, uma vez que consubstancia a própria idéia de direitos, razão pela qual, dentro de um Estado de Direito, vinculam o próprio legislador constituinte. [...] Os princípios, destarte, servem para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma, tanto que transgredir um princípio importa em ofensa superior à negativa de vigência de texto da Lei.” (CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 23-24)

empresa – que cumpre uma importante função social⁶⁷ – e estimulando o desenvolvimento econômico do país.⁶⁸

Constata-se, assim, a importância da preservação da empresa, da proteção aos trabalhadores, da manutenção da ordem no mercado (por meio da tutela aos interesses dos credores) e do desenvolvimento econômico nacional, eleitos como os princípios elementares do regime da recuperação de empresas.

Além dos presentes no art. 47, podemos citar os princípios que influenciaram a própria elaboração do texto legal, constantes da exposição de motivos da LRE. São eles: separação entre os conceitos de empresa e de empresário, recuperação

⁶⁷ O conceito de função social da empresa é extremamente vago, e não existe na doutrina uma posição unânime sobre o seu significado. Discorrendo sobre a expressão “função social” presente na redação do art. 47 da LRE, Rachel Sztajn destaca que “A função social da empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem para substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.” (SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 221)

⁶⁸ Nesse ponto constata-se uma intersecção do direito da empresa em crise com o direito concorrencial. Qual seria a vantagem decorrente do dispêndio de forças para manter uma empresa em funcionamento, se isso, *a priori*, poderia criar limitações ao direito de concorrência, impedindo que novos investidores entrassem no mercado ou prejudicando aqueles que atuam no mesmo setor. Por que conceder vantagens para uma empresa em crise, ao invés de simplesmente deixar a ordem natural do mercado agir, retirando-a do jogo, e, com isso, abrindo espaço para que novos empreendedores ocupassem o espaço livre deixado? Por que beneficiar uma empresa em detrimento da livre força do mercado e do direito de concorrência? Essa não é uma questão simplória. A ordem do mercado depende de vários fatores, não se pode chegar a uma conclusão sem antes estabelecer uma premissa de estudo. No que toca ao primeiro problema, se pegássemos para análise um modelo de concorrência perfeita, no qual fosse livre a entrada de novos agentes no mercado e não houvesse qualquer forma de concentração de poder econômico, poderíamos defender a idéia de que a proteção de uma empresa com dificuldades financeiras impediria a exploração da atividade por novos agentes econômicos, sendo, por isso, imparcial e prejudicial ao direito de concorrência. No entanto, sabemos que cada mercado possui suas próprias especificidades, e geralmente existem barreiras (naturais ou artificiais) à entrada de novos agentes (tome-se como exemplo um mercado fortemente regulado ou um no qual os custos de investimento inicial e os custos irrecuperáveis sejam altos). E esse impedimento de acesso poderia gerar uma forte concentração de poder econômico por parte da(s) empresa(s) que permaneceu(permaneceram) em ação, podendo ser altamente prejudicial aos consumidores e ao próprio mercado. Já com relação ao segundo problema – o prejuízo que a concessão de benefícios a um jogador específico traria aos demais participantes de determinado setor econômico – verifica-se que a manutenção de uma empresa no mercado se traduz em uma questão de benefício social e econômico. Social porque mantém os postos de trabalho originalmente criados, e econômico pois auxilia a liberdade de concorrência impedindo a concentração de poder econômico no mercado. No fundo tal dilema se reflete em questões ideológicas. Preferiu o legislador criar condições de manutenção de empresas no mercado ao invés de deixar que seu funcionamento ocorresse livremente, sem intervenção estatal e somente com base no postulado neoclássico da eficiência. Porque se assim fosse, diminuiria o número de agentes econômicos atuantes no setor, restringindo a concorrência, e facilitando a concentração de poder e os malefícios dela decorrentes.

das sociedades ou empresários recuperáveis, retirada do mercado das sociedades e dos empresários não recuperáveis, redução do custo do crédito no Brasil, celeridade e eficiência dos processos judiciais, maximização do valor dos ativos do falido, desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.⁶⁹

A preservação da empresa, quando viável, deve ser sempre buscada, tendo em vista a sua importância social, já que produz riquezas, cria postos de trabalho, paga tributos, incentiva o consumo e a circulação monetária, auxiliando, assim, no desenvolvimento do país. A atividade empresária só é prejudicial à sociedade, quando alcança um nível profundo de insolvência, pois, ao deixar de cumprir com suas obrigações, gera um grau elevado de insegurança no mercado. Sempre que houver possibilidades concretas de recuperação, sua manutenção no mercado gerará benefícios para a coletividade.

Já a proteção dos trabalhadores é outro princípio basilar da LRE. Por serem subordinados ao empregador e possuírem a força de trabalho como única fonte de renda, sua proteção é indispensável.⁷⁰

A manutenção da ordem no mercado, que é alcançada pela proteção dos interesses dos credores, é garantida pela ampla participação dos credores no processo de recuperação judicial e no de falência. A nova Lei concede aos credores o poder de decisão sobre o saneamento da empresa em crise, pois a eles caberá aprovar ou rejeitar, por meio de deliberação em assembléia-geral de credores, o plano de recuperação apresentado pelo devedor (art. 35, inc. I, “a”).

Incentiva, também, a sua ampla participação, prevendo a possibilidade de constituição de comitê de credores para fiscalizar o cumprimento da Lei e as atividades do administrador judicial, e ainda zelar pelos interesses dos credores em geral.

Por sua vez, o desenvolvimento econômico nacional é objetivo que não está restrito ao campo do direito falimentar, pois constitui, segundo art. 3º, inc. II, da CF de 1988, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, devendo sempre estar presente nas ações do executivo, do legislativo e do judiciário.

⁶⁹ BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Parecer n. 534 de 2004.** Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 29-32.

⁷⁰ Sobre os instrumentos utilizados pela LRE para proteger os créditos trabalhistas ver a Seção III do presente trabalho. p. 12.

Outrossim, a separação entre a figura da empresa (atividade) e do empresário (pessoa que a controla) é instrumento eficaz para a reorganização da empresa em crise, que traduz bem a nova intenção da legislação falimentar: o objetivo primordial é a preservação da atividade empresarial – pois cumpre importante função social – não importando se para isso tenha que se afastar o titular da atividade.

Cabe, nesse momento, realizar uma análise mais aprofundada sobre essa distinção.

Não há dúvidas que para o direito a noção de empresa e de empresário não se confundem.⁷¹ Empresário é o sujeito de direito, empresa é objeto de direito.⁷²

O termo empresa tem tido dificuldade para ser apreendido pelo direito. Por isso, geralmente os juristas, quando necessitam discorrer sobre o tema, utilizam o seu significado econômico.

Para a economia empresa é “a organização dos fatores de produção para a satisfação das necessidades alheias”⁷³ ou, nas palavras de Goulart Pimenta, “a aglutinação e organização dada aos fatores de produção para o exercício de uma atividade destinada a produção ou distribuição de bens e serviços.”⁷⁴

Dentre os juristas não há um consenso.⁷⁵ Nosso novo Código Civil não conceitua empresa, somente descreve a figura do empresário, por meio da qual

⁷¹ Apesar de ser comum aos leigos a utilização do termo empresa no sentido de estabelecimento comercial ou no sentido de próprio de empresário.

⁷² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 60.

⁷³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 49.

⁷⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 14. abr-jun/2006. p. 58.

⁷⁵ Para Vivante o conceito jurídico se assemelha ao econômico, podendo ser identificado sempre que existente a combinação dos fatores de produção e o risco; já Giuseppe Valeri considera como elementos essenciais ao conceito jurídico de empresa a organização, a atividade econômica, o fim lucrativo e a profissionalidade; para Asquini o fenômeno econômico da empresa possuiria vários perfis quando transportado para o direito, o que identifica a empresa com o empresário (perfil subjetivo), o que descreve a empresa como estabelecimento comercial (perfil objetivo), o que analisa a empresa como atividade (perfil funcional) e o que vê na empresa uma instituição (perfil corporativo); para J. X. Carvalho de Mendonça seriam elementos da empresa uma série de negócios de caráter mercantil, o emprego de trabalho ou capital, ou de ambos combinados, e a assunção de risco pelo empresário (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 53-57); Karsten Schmidt defende a transposição da idéia econômica de empresa (unidade econômica organizada) para o direito, elencando as seguintes características essenciais: mínimo de meios materiais e pessoais, mínima medida de organização unitária e apresentação da unidade econômica no mercado – por meio de transações jurídicas. (SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997. p. 68)

podemos extrair o significado da expressão empresa para o direito positivo brasileiro:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissionalmente profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Assim, constata-se que a empresa, para o direito brasileiro, é vista como o exercício de uma atividade (aquela organizada para a produção e para a circulação de bens e serviços) econômica de modo habitual e profissional. Importante notar que tal atividade não se restringe à organização dos fatores produtivos, mas também abarca a constituição, modificação e manutenção das transações jurídicas necessárias ao funcionamento de tais fatores.⁷⁶ E estão excluídas desse conceito, pelo parágrafo único do art. 966 do CC de 2002, as atividades econômicas, mesmo que organizadas e com fins lucrativos, exercidas por profissionais liberais e as de natureza científica, literária ou artística. Tornando evidente a restrição da noção econômica de empresa realizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁷⁷

Portanto, resta evidente a intenção do legislador de dissociação das figuras da empresa e do empresário, por se tratarem de institutos jurídicos diversos.

É a sociedade (ou a pessoa física) como empresário, que irá exercitar a atividade produtiva.⁷⁸ Empresário é o titular da atividade, a quem incumbe a organização de seus elementos estáticos (fatores produtivos) e dinâmicos (relações jurídicas), e o seu exercício efetivo.⁷⁹ Essa distinção é de suma importância para

⁷⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 14. abr-jun/2006. p. 59.

⁷⁷ Karsten Schmidt anota, ao contrário do que dispôs o legislador brasileiro, que o conceito jurídico de empresa engloba todo o tipo de unidade econômica organizada (incluindo a atividade exercida por profissionais liberais, que estão fortemente ligadas a elementos personalíssimos de seus titulares), o que, contudo, não impede que as empresas sejam submetidas a um regime jurídico diverso, muito menos faz com que o profissional liberal se torne comerciante. (SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997. p. 70)

⁷⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 60.

⁷⁹ Segundo Karsten Schmidt “El titular de la empresa es el sujeto de imputación de todos sus derechos y obligaciones. La empresa es el punto de contacto de esta imputación unificada. A cada titular de empresa corresponde necesariamente una empresa y a cada empresa, necesariamente, um titular. (SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997. p. 85)

busca de meios eficazes de recuperação de empresas em crise, pois o direito, ao considerar a empresa como ente desvinculado à pessoa de seu titular, pode em certos casos, opor o interesse daquela ao deste.⁸⁰

Relacionada com a separação entre empresa e empresário está a ordem de recuperação da sociedade ou do empresário recuperável e a de retirada do mercado daqueles não recuperáveis. Sempre que houver possibilidade de recuperação sem ou com algumas poucas modificações na titularidade e na estrutura organizacional da empresa, manter-se-á a sociedade ou o empresário no controle da atividade. Contudo, se a origem da crise estiver justamente no modo como o titular dirige a atividade, ele deverá ser dela afastado, ou por meio da nomeação de novos administradores, ou passando aos credores o seu controle, ou até realizando o trespasse dos estabelecimentos a terceiro.

Outro princípio que influenciou o legislador quando da elaboração da Lei 11.101 de 2005 foi a redução do custo do crédito no mercado financeiro brasileiro. Como dito nos capítulos anteriores, o legislador consciente dos efeitos que uma nova Lei de falências causaria nas ações dos agentes econômicos (*ex ante* e *ex post*), e visando a aceleração do crescimento econômico nacional por meio da facilitação de alcance ao crédito e da redução dos custos de transação no mercado interno, resolveu conceder certos privilégios aos agentes financeiros no processo de recuperação judicial e de falência, prevendo, com isso, uma redução da exuberante taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras.

O raciocínio de nosso legislador foi simples: no mercado a probabilidade de recebimento do crédito e os riscos do negócio são inversamente proporcionais ao custo da disponibilização de crédito (juros cobrados pelo empréstimo de capital). Desse modo, o aumento da segurança dos agentes financeiros no recebimento de seus créditos causaria a reação bancária no sentido de abaixar as taxas de juros cobradas nos empréstimos e financiamentos, o que traria uma disponibilidade de crédito no mercado e impulsionaria a movimentação econômica no sentido de crescimento.

⁸⁰ DESPAX, Michel. **L' Entreprise et Le droit**. Librerie générale de droit et de jurisprudence. Paris, 1957. *Apud*: REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º v. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. pg. 53.

Contudo, passados três anos da promulgação da nova legislação, não foi possível ainda constatar uma redução considerável dos juros cobrados pelas instituições financeiras.⁸¹

A celeridade e a eficiência nos processos judiciais, traduzidas pelo princípio da economia processual, têm *status* de direitos fundamentais, previstos expressamente no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF de 1988. A razoável duração do processo e a eficiência do resultado alcançado (capaz de tutelar a situação de direito material submetida à apreciação do judiciário) devem ser observadas em todos os processos, sejam judiciais ou administrativos, mas com maior rigor devem ser observadas nos processos de crise e de insolvência empresarial. Nesses, a demora desmedida e o excesso de formalismo podem impedir a recuperação de uma empresa em crise ou a otimização dos ativos da massa na falência, tendo em vista o efeito do tempo para a desvalorização dos bens (principalmente os intangíveis que com o passar do tempo perdem a totalidade de seu valor; por exemplo aqueles relacionados à atuação efetiva da empresa, como o nome empresarial, a marca, o fundo de comércio etc.) e para o aumento progressivo das dívidas do sujeito de direito devedor.⁸²

Por outro lado, a ineficiência do processo falimentar ou de recuperação para o alcance de seus objetivos gera grande prejuízo à coletividade, gerando insegurança no mercado, redução dos postos de trabalho etc.

No que toca a falência, um novo princípio adotado pelo legislador é o da maximização do valor dos ativos da massa falida. De fato, verifica-se que a falência, como processo de execução coletiva de empresário insolvente que é, sempre buscou a repartição das sobras do patrimônio do falido entre os credores em uma situação de paridade (*par conditio creditorium*), sem, no entanto, se preocupar com a

⁸¹ Sobre a crítica aos demasiados privilégios concedidos às instituições financeiras pela nova Lei de recuperação judicial e falência ver: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. O Estado, a empresa e o mercado: novas tendências de direito econômico e comercial. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 39. jan-mar/2008. p. 24-31.

⁸² “O decurso do tempo diminui o valor dos bens do devedor e aumenta o valor dos débitos contraídos por ele. O passar do tempo faz com que encargos financeiros originalmente pactuados nas diversas obrigações assumidas pelo falido aumentem gradativamente e tornem mais remota a possibilidade de serem minimamente honrados pelo patrimônio crescentemente depreciado do devedor.” (PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n.19. jul-set/2009. p. 13-14)

maximização do valor de seus bens para tentar satisfazer ao máximo o interesse de todos os credores da massa, e não somente daqueles que detêm privilégios.

Com a nova Lei, o lema passa a ser a busca incessante de otimização da realização do ativo do falido, seja mantendo os contratos benéficos à massa (art. 118), seja vendendo antecipadamente os bens sujeitos a considerável desvalorização (art. 113), seja alugando ou celebrando outro contrato que produza renda à massa falida (art. 114) ou priorizando a alienação de bens em bloco, para não perder os acréscimos monetários decorrentes dos chamados bens intangíveis empresariais (art. 140, *caput* e §3º).

Além dos acima citados, constam também como princípios da nova LRE a desburocratização do processo de recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte, para impedir que os custos de um processo judicial complexo seja empecilho ao saneamento das microempresas, maioria no *locus* empresarial brasileiro,⁸³ e o rigor na punição dos crimes relacionados à falência e à recuperação judicial, haja vista o dano que tais condutas delitivas causam à sociedade em geral.

Analizados, em breve síntese, os princípios nucleares da LRE, passa-se agora a uma análise mais apurada do art. 47 deste diploma legal.

Defende-se, nesse trabalho, a compreensão do art. 47 da LRE como uma cláusula geral informadora do novo sistema falimentar brasileiro, pois reflete o novo paradigma do direito da empresa em crise, que se traduz no saneamento da empresa para garantir a continuidade de todos os benefícios por ela criados.

As cláusulas gerais são conceitos abertos e flexíveis que servem para incorporar a determinado sistema legal, novos conceitos surgidos das constantes transformações ocorridas na sociedade, desatando as amarras do juiz e permitindo que ele julgue de acordo com os valores e princípios preponderantes de determinada época, escolhendo a solução mais adequada ao caso concreto.

Além disso, as cláusulas gerais, exatamente como se apresenta o art. 47 da LRE, servem como pontos de conexão entre determinada legislação e os princípios e regras constitucionais. Judith Martins-Costa expõe sua posição nesse sentido ao escrever que as cláusulas gerais são “*janelas abertas para a mobilidade da vida,*

⁸³ Segundo estudo publicado no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – o percentual de micro e pequenas empresas ultrapassa 97% do total de empresas em atividade no país. (IBGE. **As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil 2001**. Disponível na internet via <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/micropempresa2001.pdf> . Consulta em 14 de julho de 2008)

pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.”⁸⁴

Permitem, ainda, o ingresso de conceitos e valores metajurídicos no sistema no qual estão inseridas. Continua a autora gaúcha a falar das cláusulas gerais identificando-as a uma:

“técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de standarts, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”⁸⁵

A cláusula geral passa, aos aplicadores do direito, as diretivas gerais de determinado sistema legislativo, forma o molde a ser preenchido pela aplicação das normas no sentido mais consonante aos princípios constitucionais e à realidade social.

No caso do instituto da recuperação judicial, essa função primordial é exercida pelo art. 47 que, ao prever a busca pela reorganização da empresa a fim de permitir a sua preservação, a manutenção dos interesses dos trabalhadores e dos credores e o estímulo à atividade econômica, está dirigindo a interpretação de todo o sistema no sentido de recuperação da empresa para o alcance do bem-estar social, caminhando, passo a passo, com os valores constitucionais da ordem econômica (art. 170 da CF de 1988).

Salienta-se que essa nova ordem de idéias, correlacionada com a preservação da empresa, já está sendo aplicada pelos nossos tribunais, principalmente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde foi criada uma

⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. Coord: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 118.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. Coord: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 118.

Câmara Especial para o julgamento de questões relativas a recuperações de empresas e falências.⁸⁶

Nesse sentido a seguinte decisão:⁸⁷

*"Agravado de Instrumento. Plano de Recuperação Judicial rejeitado pela Assembléia-Geral. Pretensão deduzida por credor no sentido de ser decretada a falência da devedora, com base nos artigos 56, § 4º e 73, inciso III, ambos, da LRF. Soberania das deliberações da Assembléia-Geral de Credores. Decisão que concede prazo para a apresentação de plano alternativo a ser submetido aos credores. Na aplicação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º, LICC). **O Juiz não é mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares, devendo examiná-las sob a ótica do princípio constitucional da função social da empresa que, por isso, deve ser preservada. A preservação da empresa é o maior princípio da Lei nº 11.101/2005, não se olvidando que os princípios têm peso e densidade, devendo ser mensurados. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, mercê do que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o Juiz deve dar prevalência ao princípio.** Agravo desprovido." (TJ/SP – AGR 461.740-4/4-00 – CEFRJ – Rel. Des. Romero Ricupero – 28.02.2007)*

As recentes decisões tomadas nos processos de concordata ajuizados anteriormente à promulgação da Lei 11.101 de 2005 também refletem a combinação de esforços no sentido da preservação da empresa, como se vê no julgado abaixo destacado:⁸⁸

Se, mesmo no curso do processo de falência, o devedor satisfaz sua obrigação com o credor — e, pois, demonstra não ser insolvente —, pode o Magistrado, atendendo aos fins sociais da lei, deixar de decretar-lho a quebra (art.1º do Decr.-lei nº 7.661/45). **O Decr. -lei nº 7.661/45 deve interpretar-se à luz da Constituição Federal de 1988 e, destarte, fomentar .a preservação "da empresa econômica viável, ainda que atravessasse dificuldades financeiras transitórias" (çf Carlos Alberto Farracha de Castro, in Rev. Tribs., vol. 776, p.90). Princípio é esse de grande sabedoria e relevo social, que a nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) consagrou em seu art. 47, "in verbis": "A recuperação**

⁸⁶ Câmara criada por meio da Resolução 207 de 2005 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que foi publicada em 11.05.2005. A nova Câmara possui "competência para os recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, disciplinados pela Lei 11.101/2005, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, excluídos os feitos de natureza penal, que permanecem afetos à Seção Criminal". (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 09-10)

⁸⁷ Conferir ainda as seguintes decisões do TJ/SP: AGR 7.232.187-0 – 20ª CC – Des. Rel. Álvaro Torres Júnior – 29.04.2008; AGR 1140975-0/6 – 26ª CC – Des. Rel. Felipe Ferreira – 17.12.2007. E a decisão do TJ/RJ no AGR 2007.002.08184 – 4ª CC – Des. Rel. Fernando Fernandy Fernandes – 23.10.2007.

⁸⁸ Por todos conferir decisões do TJ/SP: AGR 400.307-4/2-00 – 7ª CC – Rel. Des. Luiz Antonio Costa – 28.04.2007 e AGR 436.815-4/9-00 – CEFRJ – Rel. Des. Pereira Calças – 28.02.2007.

judicial tem por objetivo a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". A aceitação de: pagamento parcial do débito, circunstância que equivale a moratória, elide a falência (cf Rev. Tribs., vol. 777, p. 261; rel. Roberto Stucchi). (TJ/SP – AGR 359.785-4/0-00 – 4ª CC – Rel. Des. Carlos Biasotti – 28.04.2005)

3. OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO DIREITO FALIMENTAR BRASILEIRO.

3.1. A carga tributária nacional e o seu impacto sob a atividade empresarial.

Hodiernamente, a atividade empresarial é de suma importância para o desenvolvimento do país. O Estado não tem condições de arcar com todos os custos necessários à consecução do bem-estar de sua população. Dessa maneira, sua principal função se traduz na manutenção de um ambiente propício para o desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares, pois só assim será produzida a riqueza necessária para o progresso sócio-econômico da nação.

A empresa⁸⁹ ou a “firma”, termo de preferência dos economistas, além de ser a principal fonte de produção de riquezas de um país, gera postos de trabalho, incentiva o mercado de consumo, fomenta a circulação de mercadorias e serviços e movimenta o mercado.

Exatamente por isso é que a atividade empresarial deve ser estimulada pelo governo, mas não só pelo poder executivo, por meio de concessões de prerrogativas especiais aos empreendedores, mas também pelo poder legislativo e pelo poder judiciário. Este cumprindo seu papel de manutenção da segurança jurídica, tão necessária ao planejamento econômico das empresas, decidindo de maneira estável e justa. Aquele criando preceitos normativos que, além de facilitar a criação de um empreendimento, sirvam de estímulo ao investimento de capital para a organização de atividade voltada para a produção ou circulação de bens e serviços.

Infelizmente, constata-se que a realidade brasileira se distancia, e muito, do padrão de estímulo desejável.

⁸⁹ Termo utilizado na sua linguagem coloquial.

No nosso país a criação de uma empresa é tarefa árdua. Mantê-la funcionando ativamente, gerando resultados positivos, é quase impossível. É claro que toda atividade empresarial gira em torno de riscos. No entanto, tais riscos não podem ser tão elevados ao ponto de impedir que uma empresa, mesmo bem administrada, continue a exercer sua atividade produtiva ou de prestação de serviços.

Não são poucos os fatores de desestímulo à iniciativa econômica empresarial provenientes do total descaso do Estado brasileiro em criar um ambiente favorável ao desenvolvimento da atividade econômica. Podemos citar, dentre outros: dificuldade de acesso ao crédito, alta taxa de juros estipulada pelo Banco Central, falta de controle das atividades informais pelo Poder Público etc.

Fábio Tokars, em artigo sobre assunto, enumera alguns problemas jurídico-legais que impedem ou dificultam o exercício e a manutenção da atividade empresarial. São eles: excesso de burocracia no processo de constituição de empresa, desequilíbrio nos riscos impostos aos empresários individuais, desvirtuamento da desconsideração da personalidade jurídica, excesso na responsabilidade tributária dos administradores, insegurança jurídica na revisão judicial dos contratos empresariais, excesso de rigidez na regulação do trespasse de estabelecimento empresarial e exigência de capital social mínimo para participação em licitações e contratações com o poder público.⁹⁰

Contudo, o fator determinante para o insucesso das empresas nacionais é o elevado índice de tributação imposto pelo governo. A exagerada quantidade de tributos exigíveis das empresas para o seu regular funcionamento, se não torna a atividade inviável, dificulta de maneira extremada a sua manutenção.⁹¹

Além de arcar com todas as dificuldades (de infra-estrutura e oportunidades mercadológicas) decorrentes de um país subdesenvolvido, o empresário deve ainda

⁹⁰ TOKARS, Fábio. O direito empresarial e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n.19. jul-set/2009. p. 29-66.

⁹¹ Manoel Justino Bezerra Filho explana que “na maioria das vezes, os encargos fiscais, ao lado das dívidas com financiamento bancário, são os maiores responsáveis pela própria crise em que a empresa se encontra.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 175)

suportar uma carga tributária incompatível com a realidade, comparável àquela de países desenvolvidos.

Segundo estatísticas do último estudo publicado pela Coordenação-Geral de Política Tributária da Receita Federal,⁹² referente ao ano-calendário de 2006, a carga tributária nacional alcançou o patamar de 34,23% do PIB brasileiro, constituindo uma receita tributária de R\$ 795.011.09 (em milhões). Isso significa que a quantidade de tributos arrecadados pelo governo (federal, estadual e municipal) equivale a mais de um terço de tudo que é produzido de riqueza no país.

Existem outros dados referentes à atividade empresarial que merecem ser destacados para bem entender a atividade predatória que o fisco exerce sobre as empresas brasileiras. Vejamos.

O imposto de renda de pessoa jurídica e aquele retido na fonte correspondem juntos a 16,11% do total da receita tributária nacional. O imposto sobre produtos industrializados é responsável por 3,55% de tudo que é arrecadado em tributos pelo governo. A cota do imposto sobre o comércio exterior é de 1,25% do total arrecadado, e do imposto sobre operações financeiras de 0,85%. Contribuição para a previdência social, COFINS, contribuição para o FGTS, PIS e PASEP, correspondem respectivamente a 15,54%, 11,39%, 4,59%, 2,52% e 0,45% do total da receita tributária brasileira.

Com relação aos tributos de competência estadual, verifica-se que o ICMS é responsável (por mais incrível que pareça) por 21,59% das receitas arrecadadas com tributação no âmbito nacional, enquanto o IPVA corresponde a 1,56% desse total.

Acerca dos tributos de competência municipal, importante destacar que o ISS é responsável por 1,93% da receita tributária nacional e o IPTU por 1,25%.

Com base nessas estatísticas torna-se mais fácil a compreensão do peso que os empresários nacionais devem suportar para manter seu empreendimento em funcionamento regular. Fazendo um simples cálculo chega-se a conclusão de que a arrecadação decorrente do IR, do IPI, do ICMS, do ISS e do IPTU, tributos aos quais geralmente todo o empresário está sujeito, equivale a quase um quinto do PIB brasileiro.

⁹² RECEITA FEDERAL. **Carga tributária no Brasil 2006**. Disponível na internet via: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2006.pdf>. Consulta em 23 de agosto de 2008.

A política fiscal gera reflexos no processo econômico, por isso ela deve estar em consonância com a realidade inerente a cada país. No caso do Brasil, onde a economia está em desenvolvimento, a alta carga tributária, sem nenhum retorno social relevante, só tende a desacelerar o crescimento econômico, inibindo a iniciativa empreendedora dos particulares.

O economista José Petrelli Gastaldi leciona:

“Em economias emergentes, pois, o poder tributante, para garantia e preservação da equidade fiscal, deve estar permanentemente atento às fracas potencialidades contributivas da empresa e do indivíduo, impedindo que a carga tributária possa traduzir-se em confisco ostensivo ou disfarçado da real capacidade contributiva da sociedade como um todo.

Adotar processos ou técnicas distanciadas de tais normas constitucionais representa um risco não apenas à normalidade administrativa, mas ao próprio processo de desenvolvimento harmônico do país, instaurando na vida econômica permanente clima de desajustes e desassossego social.”⁹³

Assim, retomando o raciocínio introduzido no início dessa seção, verifica-se que o Estado não cumpre com o seu “*múnus*” de garantir um ambiente favorável ao desenvolvimento da atividade econômica por particulares, e, com isso, impede o crescimento econômico nacional e a conseqüente geração de bem-estar social.

Um dos principais (senão o principal) fatores de desestímulo à iniciativa privada é a alta carga tributária nacional, que, aliás, não dá sinal de diminuição. Isso porque, o Estado brasileiro tem compromisso com organizações internacionais para sempre alcançar um *superávit* primário, nunca deixando suas despesas superarem suas receitas. Também devido à realidade econômica nacional, na qual se constata que a maioria da população é carente e necessita de serviços básicos que devem ser arcados pelo Estado que, assim agindo, aumenta suas despesas, necessitando de novas fontes de receita ou do aumento daquelas já existentes.⁹⁴

Por fim, é importante destacar algumas conclusões retiradas do trabalho, citado por Gastaldi,⁹⁵ do economista Artur Barrinuevo, promovido pela Associação Brasileira para o Desenvolvimento da Indústria de Base (Abdib), sobre o peso dos

⁹³ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de política econômica**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 398.

⁹⁴ HIN, Vanilda Fátima Maioline. Responsabilidade tributária na falência e na recuperação judicial e lei complementar nº 118/2005. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 437-438.

⁹⁵ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de política econômica**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 399.

tributos na economia brasileira. O citado economista concluiu que: a) a indústria organizada paga mais tributos, por ser mais visada pelo fisco, b) a incidência dos impostos, taxas e contribuições de melhoria é desproporcional entre alguns setores e pessoas, esclarecendo que a indústria paga bem mais tributos do que a média dos demais setores e indivíduos, e c) o setor produtivo brasileiro perde competitividade pois a produção encarece desde a fase do investimento, tendo em vista a imensidão de tributos exigidos do empresário.

3.2. A crise empresarial e sua interferência na esfera jurídica dos credores.

Toda espécie de atividade econômica envolve riscos, e por isso está sujeita a crises, que podem ser transitórias ou evoluir para um estágio de permanência que irá comprometer a continuação do seu exercício.

A crise pode estar relacionada a diversos fatores. Podem ser externos, fugindo do controle do empresário, como a escolha de políticas econômicas refratárias, desvalorização da moeda nacional, criação de novos encargos tributários, restrição de oferta de crédito, aumento dos custos trabalhistas e previdenciários, retração do mercado consumidor, alta taxa de inadimplência dos seus devedores; ou podem ser internos, decorrentes de decisões equivocadas ou ações mal planejadas por parte do empresário, como por exemplo a ineficiência da administração, baixa produtividade, inconsistência no planejamento da produção, insuficiência do capital social, má distribuição de recursos, investimentos não rentáveis, desfalque praticado por sócio ou administrador, emprego de mão-de-obra desqualificada, brigas societárias etc.⁹⁶

Para fins desse trabalho serão levadas em consideração, com base na doutrina de Fabio Ulhoa Coelho,⁹⁷ três espécies de crise empresarial: a econômica, a financeira e a patrimonial.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 612.

⁹⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol .3. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 231-233.

A crise econômica consiste na redução dos negócios praticados pela empresa, causando uma queda de faturamento considerável. Se a procura pelos produtos ou serviços colocados no mercado por determinada empresa cai expressivamente, ela com certeza sofrerá prejuízos financeiros. Essa espécie de crise pode ser geral (âmbito nacional, regional ou local), pode atingir somente um segmento do mercado (por exemplo uma crise no setor de vendas de automóveis novos) ou ser específica (atingindo determinada empresa).

A crise financeira está relacionada com a falta de fluxo de caixa. Ocorre quando a empresa não possui liquidez para saldar suas dívidas recém vencidas ou vincendas. Sua exteriorização se reflete na impontualidade.⁹⁸ O fato de não ter receita disponível em caixa para saldar suas dívidas não significa que o empresário seja insolvente, no entanto, se a crise financeira se perpetuar sem ser solucionada poderá ocasionar a sua bancarrota.

Já a crise patrimonial está ligada à situação de insolvência. Tem vez quando a totalidade do patrimônio do devedor não é suficiente para arcar com suas dívidas. Nesses casos o ativo é inferior que o passivo da empresa.

As três espécies de crise aqui abordadas possuem solução, desde que não tenham alcançado um patamar de profundidade irremediável. Deve sempre o empreendedor levar em conta que geralmente o agravamento de um desses tipos de crise causará o surgimento de outro, se tornando mais árdua a sua solução.

A crise de uma empresa, seja ela econômica, financeira ou patrimonial, gera reflexos negativos na sociedade. O prejuízo alcança os sócios e acionistas, os trabalhadores, o mercado de consumo, os credores e a economia (regional ou nacional) como um todo.

Torna-se relevante, nesse ponto, abordar os efeitos da crise para com os direitos dos credores, que são, de fato, quem irá decidir sobre a possibilidade de recuperação da empresa.

Quando um empresário se depara com uma situação de dificuldades, ele age racionalmente, sempre buscando a sua manutenção na ativa. Realiza tentativas de postergar o pagamento de dívidas, diminui o investimento em matéria-prima, enxuga sua folha salarial etc. Tudo na intenção de diminuir seus custos para que, na medida

⁹⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol .3. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 232.

em que efetue a venda de seus produtos ou de seu serviço, aumentando seu fluxo de caixa, possa contornar tal situação.

Acontece que, em algumas vezes, o uso dessas técnicas não é suficiente para afastar a situação deficitária, tornando imprescindível o inadimplemento de certas obrigações, para que sobre recursos para o pagamento daquelas essenciais ao funcionamento regular de sua atividade, tudo com o intuito de preservação do empreendimento.

Quando isso ocorre, a realidade nos mostra que o empresário tende a inadimplir primeiramente as obrigações nas quais não mantém contato direto com o credor, sendo essas, geralmente, as menos prejudiciais à continuação da atividade empresarial.

É por isso que normalmente as obrigações tributárias são as primeiras a deixarem de ser cumpridas pelo devedor, apesar dos altos juros de mora decorrentes do atraso no pagamento de tributos e contribuições sociais e previdenciárias.⁹⁹

O empresário em dificuldades não pode deixar de pagar seus fornecedores ou seus trabalhadores, sob pena de inviabilizar a continuação de sua atividade e, assim, aprofundar, ainda mais, a crise pela qual está passando. Sem falar que o fisco, diferentemente dos credores empresariais, não propõe pedido de falência pelo não pagamento de seus créditos no momento idôneo.¹⁰⁰

Manoel Justino Bezerra adverte:

⁹⁹ “Ainda que a opção pelo não pagamento de tributos em momento de crise contribua para o aumento do passivo tributário, como apregoam certos setores do fisco, o fato é que a suspensão do pagamento de tributos ao primeiro sinal de dificuldades, por si só, com frequência permite a sobrevivência da empresa por mais algum tempo [...]” (HIN, Vanilda Fátima Maioline. Responsabilidade tributária na falência e na recuperação judicial e lei complementar nº 118/2005. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 437-438)

¹⁰⁰ Eduardo Secchi Munhoz apregoa que “a análise da realidade econômica brasileira demonstra que as empresas em crise financeira normalmente apresentam dívidas tributárias vultuosas, sendo as obrigações tributárias, normalmente, as que em primeiro lugar deixam de ser pagas pelo devedor. Isso se explica em virtude do menor poder de constrangimento à atividade do devedor detido pelo fisco comparativamente aos demais credores. A falta de pagamento de tributos não gera para o devedor o risco de ser pedida a sua falência, não leva ao risco de descontinuidade da atividade, como ocorre, por exemplo, no caso de falta de pagamento devido a fornecedores (matéria-prima e insumos) ou aos empregados (greve), contando o devedor, ainda, com a ineficiência e morosidade do sistema fiscal de cobrança. (MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 281).

“Ademais, a observação da realidade demonstra que qualquer pessoa, física ou jurídica, que adentre num estado de crise econômico-financeira, suspende, em primeiro lugar, o pagamento dos tributos em geral, para, só por último, suspender o pagamento de seus fornecedores. Esse procedimento é normal, pois a consequência da suspensão do pagamento de fornecedores é causa de inviabilização imediata da atividade empresarial, ou mesmo do normal funcionamento de uma simples família.”¹⁰¹

Dessa maneira, nota-se que uma empresa em crise impreterivelmente possui passivo tributário, que normalmente constitui a maior parte da totalidade dos seus débitos.

A ordem de suspensão dos pagamentos aos credores segue a seguinte linha: crédito tributário, créditos com pessoas físicas ou jurídicas prestadoras de serviço e por último os créditos dos fornecedores e dos trabalhadores.

Portanto, a partir dessa constatação empírica, já se observa quão desarrazoada é a exigência de certidões negativas de débitos tributários para a homologação, pelo juiz, do plano de recuperação aprovado pela assembléia-geral de credores. Tal exigência é impossível de ser cumprida e, se for levada ao pé da letra pelos profissionais atuantes na área do direito, certamente irá inviabilizar a recuperação judicial de empresas em crise.

3.3. O crédito tributário no direito falimentar brasileiro.

Nesse momento, é conveniente discorrer sobre a posição dos créditos fiscais em todas as legislações falimentares brasileiras. Pois, compreendendo a evolução da classificação dos créditos tributários até o momento atual, poderemos mais facilmente defender a proposta do presente trabalho.

Usando como base o livro de José Augusto Brilhante Ustra,¹⁰² nota-se que, em um período de mais ou menos cem anos, o ordenamento jurídico brasileiro

¹⁰¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

¹⁰² USTRA, José Augusto Brilhante. **A classificação dos créditos na falência (O conceito de igualdade na Lei de Falências)**. Rio de Janeiro: Editora Eldorado, 1976.

albergou seis legislações que discorreram sobre o direito falimentar. Podemos citar o Código Comercial de 1850, o Dec. 917 de 1890, a Lei 859 de 1902, a Lei 2.024 de 1908, o Dec. 5.746 de 1929 e o Dec-Lei 7.661 de 1945.

No Código Comercial de 1850 existiam quatro classes de credores, classificadas na seguinte ordem: credores de domínio (que hoje podem ser comparados àqueles que têm direito ao pedido de restituição), credores privilegiados, credores hipotecários e credores quirografários. Nessa época, ainda não havia previsão dos créditos da Fazenda Pública, haja vista sua inexpressividade.

A inclusão dos créditos da Fazenda Nacional no concurso de credores verificou-se, pela primeira vez, com a promulgação do Dec. 917 de 1890, que ordenava as classes creditórias em credores da massa,¹⁰³ credores reivindicantes (credores de domínio), credores separatistas¹⁰⁴ (entre os quais estava inserida a Fazenda Nacional), credores com privilégio geral, credores com privilégio especial, credores com hipoteca legal ou convencional e credores quirografários. Sendo o pagamento efetuado na ordem em que foram elencados os créditos acima.

Com a introdução da Lei 859 de 1902, não ocorreu nenhuma modificação importante na classificação dos créditos. Foi mantida a ordem de recebimento da legislação anterior: credores da massa, reivindicantes, separatistas e credores da falência.

Em 1908 foi promulgada a Lei 2.024, elaborada com o preciso objetivo de substituir a mal fadada Lei de 1902. A nova Lei trouxe consigo algumas novidades, como a supressão da classe dos credores reivindicantes com a criação do instituto da restituição e a mudança de classe dos créditos fiscais. Destaca-se que o crédito fiscal foi inserido na classe dos credores detentores de privilégio geral sobre o patrimônio do devedor.

Durante a vigência desse diploma legal foi promulgado o Código Civil de 1916, que modificou os privilégios de recebimento por parte dos credores¹⁰⁵ e

¹⁰³Note-se que no Código Comercial de 1850 não havia a distinção entre credores da massa e credores da falência.

¹⁰⁴Segundo lição de José Augusto Brilhante Ustra são aqueles que possuem o direito de pedir que uma parte dos bens do devedor sejam separados da massa para a satisfação de seu crédito. (USTRA, José Augusto Brilhante. **A classificação dos créditos na falência (O conceito de igualdade na Lei de Falências)**. Rio de Janeiro: Editora Eldorado, 1976. p. 91.)

¹⁰⁵Art. 1.554 e seguintes do Código Civil de 1916.

pincelou os contornos atuais do direito falimentar brasileiro. Assim, após a ingerência do diploma civil, os créditos obtiveram a seguinte classificação: credores da massa, credores com direito real de garantia, credores com privilégio especial, credores com privilégio geral, credores separatistas e credores quirografários.

No entanto, depois de vinte e um anos de vigência, a Lei 2.024 de 1908 foi substituída pelo Dec. 5.746 de 1929, que, por sua vez, entrava em vigor na tentativa de diminuir os danos causados pelas sucessivas quebras decorrentes da crise econômica de dimensão mundial que também afetava nosso país.

A princípio, a classificação dos créditos na falência continuou a mesma do regime anterior, ocorrendo somente a extinção da classe dos credores separatistas.

Contudo, como se iniciava, à época, uma forte intervenção do Estado no domínio econômico,¹⁰⁶ logo foi percebida a importância dos tributos para a composição da receita estatal, e, com isso, surgiu a necessidade de aumentar os privilégios dos créditos fiscais.

E não demorou muito para que isso acontecesse. Em 1933 foi promulgado o Decreto de n.º 22.866, o qual colocou o crédito fiscal acima de todos os demais na ordem de recebimento.¹⁰⁷ Posteriormente, foi editado o Dec-Lei 960 de 1938, que instituiu que “*a Fazenda, na cobrança judicial da dívida ativa, não está sujeita ao concurso de credores, nem à habilitação de créditos em falência, concordata ou inventário.*”¹⁰⁸

Dessa maneira, os créditos fiscais passaram de privilegiados gerais à superprivilegiados, adquirindo prioridade de recebimento ante qualquer outra espécie de crédito na falência. Não obstante, não estarem sujeitos ao concurso de credores nem à prévia habilitação em processo falimentar.

¹⁰⁶Decorrência da derrocada do regime liberal, que não conseguiu impedir o surgimento da crise econômica de 1929. E, ainda, reflexo dos primeiros passos do Estado Intervencionista do bem-estar social.

¹⁰⁷**Art. 1º.** Os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, seja qual for a sua natureza.
Parágrafo único. Pelo pagamento respondem todos os bens do devedor, do seu espólio ou massa falida, ainda quando gravados por ônus reais, que não poderão obstar o processo executivo para respectiva cobrança.

¹⁰⁸Art. 60 do Decreto-Lei nº 960 de 1938.

De fato, esse foi o auge da prioridade dos créditos fiscais na história do direito falimentar brasileiro. O que refletia, precisamente, os interesses políticos e econômicos da época.

Posteriormente, entrou em vigor novo diploma legal para disciplinar a matéria falimentar no ordenamento jurídico brasileiro: era o Dec. Lei 7.661 de 1945, que revogou o Dec. 5.746 de 1929.

O decreto foi elaborado com o intuito de compatibilizar o direito falimentar brasileiro à realidade da época. Suas principais novidades foram a alteração substancial da classificação dos créditos na falência e a exclusão da prerrogativa dos credores de analisar a aprovação ou rejeição do pedido de concordata, que ficara adstrita ao preenchimento, pelo devedor, dos requisitos exigidos em Lei.¹⁰⁹

Carvalho de Mendonça, citado por Jorge Lobo, asseverou:

“Por meio da concordata, procura-se defender e salvar interesses comuns. Era preciso evitar que o capricho, a teimosia, a avareza de um ou de outro credor tentassem perturbar o interesse do maior número, malogrando um acordo vantajoso já aos próprios credores, que poderiam assim obter mais do que a liquidação ordinária lhes proporcionaria, já ao devedor que acharia facilidade em reconquistar a perdida posição.”¹¹⁰

Com relação à ordem de classificação dos créditos na falência não existia consenso na doutrina e na jurisprudência. A falta de clareza do texto legal, a dificuldade de adequação entre os seus dispositivos e aqueles previstos no Código Civil de 1916 e a existência de várias alterações provenientes de leis esparsas (CTN e Lei 3.726 de 1960 por exemplo), dificultaram a interpretação unívoca do Dec. Lei de 1945.

A maior dificuldade enfrentada foi estabelecer uma ordem de prioridade de recebimento entre os credores da massa, de salários e indenizações trabalhistas, de acidentes do trabalho, fiscais e com direito real de garantia.¹¹¹

Os autores muito divergiram.¹¹²

¹⁰⁹Vide arts. 156, 158, 159 e 161 do Dec. Lei 7.661 de 1945.

¹¹⁰MENDONÇA, Carvalhosa de. **Das falências e dos meios preventivos de sua declaração**. Vol. I. São Paulo: Editora Carlos Gerke, 1899. p. 309. *Apud*: LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 221.

¹¹¹USTRA, José Augusto Brilhante. **A classificação dos créditos na falência (O conceito de igualdade na Lei de Falências)**. Rio de Janeiro: Editora Eldorado, 1976. p. 101.

Rubens Requião discorreu que os créditos tributários só ficariam atrás, em ordem de preferência, dos créditos trabalhistas.¹¹³ Propondo a seguinte classificação: créditos resultantes de indenização por acidente de trabalho, créditos de salários e indenizações trabalhistas, créditos tributários da União, Estado e Municípios, créditos parafiscais (no mesmo plano dos créditos tributários da União), créditos por encargos da massa, créditos por dívidas da massa, crédito com direito real de garantia, crédito com privilégio especial, crédito com privilégio geral e créditos quirografários.¹¹⁴

Já José Augusto Brilhante Ustra diverge um pouco da posição do autor paranaense e apresenta a seguinte classificação: credores de indenização por acidente de trabalho, credores trabalhistas (salários e indenizações), credores tributários e parafiscais, credores com garantia real, credores com privilégio especial, credores da massa, credores com privilégio geral e credores quirografários.¹¹⁵

Não obstante, relevante destacar que os créditos fiscais, após alcançar o patamar de superprivilegiados na vigência do Dec. 5.726 de 1929, vêm perdendo espaço para outros créditos que, segundo a opinião do legislador nacional, merecem maior proteção. Ficando, desse modo, para trás no rateio do patrimônio do falido.

A desigualdade ínsita à elaboração de classes diversas de credores reflete a proteção de certos interesses que o legislador considera sejam os mais importantes em determinado momento histórico-político. Se na legislação precedente o interesse

¹¹²Trajano de Miranda Valverde não chegou a elaborar uma classificação, mas concluiu, em trechos diversos de sua obra, que o crédito da Fazenda Pública preferiria a todos os demais (VALVERDE, Trajano Miranda de. **Comentários à Lei de Falências (Dec-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**. 2ª Ed. Vol II (arts. 62 a 176). Rio /São Paulo: Editora Forense. p. 271). Pontes de Miranda afirmou que os créditos fiscais originados antes da decretação de falência devem ser pagos antes dos encargos e dívidas da massa (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado (Concursos de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil)**. Tomo XXVII. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 170). No entanto o primeiro autor escreveu seus comentários antes da entrada em vigor da Lei 3.726 de 1960, que previu a superprivilegio dos créditos trabalhistas (salários, indenizações e acidentários) sobre os demais. E o segundo não se pronunciou sobre o tema.

¹¹³REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 331.

¹¹⁴REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 328.

¹¹⁵USTRA, José Augusto Brilhante. **A classificação dos créditos na falência (O conceito de igualdade na Lei de Falências)**. Rio de Janeiro: Editora Eldorado, 1976. p. 124.

em arrecadação de dinheiro aos cofres públicos predominava, durante a vigência do Dec. Lei 7.661 de 1945, a questão social concernente à proteção dos trabalhadores (subordinados ao capital e que em sua maioria possuem como único bem a força de trabalho) foi destinatária do mais alto grau de proteção.

Para ultimar, importante notar que no âmbito da concordata os créditos fiscais não estavam sujeitos ao pedido do concordatário, que envolvia somente os créditos quirografários. Em consequência, as ações e execuções fiscais não eram suspensas,¹¹⁶ podendo o fisco satisfazer seus créditos paralelamente ao processo da concordata.¹¹⁷

3.4. Os créditos tributários na Lei 11.101 de 2005.

A nova Lei de recuperação de empresas e falências trouxe algumas novidades no que toca aos direitos creditórios tributários. Situações novas foram criadas, outras foram modificadas e algumas continuaram sendo tratadas da mesma maneira de que o eram durante a vigência do Dec. Lei 7.661 de 1945.

Questões atinentes ao fisco são tratadas nos artigos 6º, § 7º; 45, § 3º; 52, inc. II, III e V; 57; 60, parágrafo único; 68; 76; 83, inc. III; 84, inc. V; 99, inc. XIII; 108, § 3º; 141, inc. II; 146; 161, §§ 1º e 4º.

O parágrafo sétimo do art. 6º dispõe que as execuções fiscais não serão suspensas com o deferimento do pedido de recuperação judicial, ressalvada a

¹¹⁶Importante destacar que em consequência da previsão do art. 187 do CTN as ações e execuções fiscais também não eram suspensas com a declaração da falência do devedor.

¹¹⁷**Art. 147.** A concordata concedida obriga a todos os credores quirografários, comerciais ou civis, admitidos ou não ao passivo, residentes no país ou fora dele, ausentes ou embargantes.

Art. 161. Cumpridas as formalidades do artigo anterior, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, ou não vier devidamente instruído, declarará, dentro de vinte e quatro horas, aberta a falência, observado o disposto no parágrafo único do artigo 14.

§ 1º. Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que:

(...)

II – ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

concessão de parcelamento do débito.¹¹⁸ Isso não é novidade, já no regime anterior o fisco não estava sujeito ao procedimento da concordata preventiva. Portanto, as ações e execuções fiscais propostas em face do concordatário continuavam seu trâmite normal.

O parágrafo terceiro do art. 45 informa que o credor que não tiver seu crédito ou suas condições de pagamento originais alteradas não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação do *quorum* da assembléia geral. Tal dispositivo, a despeito de seu principal objetivo de impedir que credores sujeitos ao plano, mas que não tenham seu *status quo* alterado participem da assembléia, confirma que os créditos tributários não estão sujeitos ao processo de recuperação judicial.

O inciso II do art. 52 se refere à dispensa obrigatória de apresentação de certidões negativas para que o devedor trate com particulares depois de deferida a recuperação judicial, e à facultatividade (nesse caso a apresentação está sujeita ao arbítrio do magistrado) da dispensa para contratações com o Poder Público e para o recebimento de incentivos fiscais¹¹⁹. Não há, no Dec. Lei de 1945, disposição semelhante.

O inc. III menciona que o juiz ordenará, quando do deferimento do pedido de recuperação, a suspensão das ações e execuções de que trata o art. 6^a, exceto as trabalhistas, as fiscais e aquelas concernentes aos créditos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49. No regime anterior a suspensão das ações estava prevista no inc. II do art. 161.

¹¹⁸ Destaca-se que foi apresentada uma Emenda (nº 7) pelo então senador Arthur Vergílio para suprimir o § 7º do art. 6º, objetivando a suspensão das ações e execuções fiscais pelo deferimento do pedido de recuperação judicial. Tal emenda foi rejeita sob o argumento de que não faria sentido suspender tais ações se o Fisco não está sujeito ao processo de recuperação judicial. (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Complemento aos pareceres n. 559 e 560 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 90-91)

¹¹⁹ “Essa última Lei, em seu art. 52, II, prevê que o juiz, ao deferir o processamento da recuperação judicial, determinará a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Trata-se de disposição de importância capital para a efetividade do objetivo do direito concursal em recuperar empresas em crise econômico-financeira, pois permite ao devedor a continuidade do exercício de suas atividades, dispensando a apresentação de qualquer certidão de regularidade fiscal no momento inicial do pedido de sua recuperação judicial.” (PROENÇA, José M. Martins. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 640)

Já o inc. V determina a comunicação por carta das Fazendas Públicas federais, estaduais e municipais em que o devedor tiver estabelecimento comercial, quando do deferimento do pedido de recuperação judicial.

O art. 57, objeto central desse trabalho, reproduz a exigência de certidões negativas de débitos tributários para que o juiz homologue o plano de recuperação judicial, que não tenha sofrido objeções ou que tenha sido aprovado pela assembléia-geral, apresentado pelo devedor. Tal exigência era prevista na legislação anterior (art. 174), no entanto, a comprovação de quitação dos débitos fiscais deveria ser realizada ao fim da concordata, quando as demais obrigações do concordatário tivessem sido extintas.

O parágrafo único do art. 60, por sua vez, elucida que não haverá sucessão tributária do arrematante (art. 133 do CTN) quando a venda do estabelecimento estiver prevista no plano de recuperação judicial. Esse artigo reflete uma inovação no campo do direito falimentar brasileiro, não existindo previsão nesse sentido no corpo da antiga Lei de falências e concordatas.

O art. 68 vem em complementação ao art. 57, pois nele é aduzida a possibilidade das Fazendas Públicas e do INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social) concederem parcelamento de seus créditos às empresas em recuperação judicial, em conformidade com o disposto no CTN. Convém lembrar que o parcelamento é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN), o que tem dado ao contribuinte o direito de exigir certidão positiva com efeito de negativa (art. 206 do CTN).¹²⁰

O art. 76 prevê a universalidade do juízo falimentar, competente para o conhecimento de todas as causas em que o falido¹²¹ for parte (*vis attractiva falimentar*), exceto as trabalhistas, fiscais e aquelas em que for autor ou litisconsorte ativo quando não reguladas expressamente pela LRE. Portanto, verifica-se que as causas fiscais podem ser propostas em juízo diverso daquele da decretação da falência.¹²² Tal matéria vinha regulada no art. 7º do Dec. Lei, e já durante a vigência

¹²⁰Ver STJ - Resp 1012866/CE – Rel. Min. José Delgado – 30.04.2008

¹²¹Leia-se falido ou massa falida.

¹²²Ver TJRS – AGR 70012328563 – 21ª CC – Rel. Des. Genaro José Baroni Borges – 14.12.2005.

desse diploma as ações e execuções fiscais não estavam sujeitas ao juízo universal, isso em decorrência do disposto no art. 187 do CTN.¹²³⁻¹²⁴

No inciso III do art. 83 os credores tributários são postos em terceiro lugar na ordem de pagamento dos credores concursais. Aqui, verifica-se uma significativa mudança em relação ao diploma anterior. Nesse momento, é necessário somente esclarecer que houve uma inversão de privilégios entre os credores fiscais (que desceram um degrau na ordem de pagamento) e os credores com garantia real (que subiram um degrau na ordem de pagamento).

Já o inciso V do art. 84 da LRE dispõe que são créditos extraconcursais (credores da massa) os tributos cujos fatos geradores tenham ocorrido após a decretação da falência. O inc. V, do § 1º, do art. 124 do Dec. Lei já previa que os impostos e contribuições a cargo da massa e exigíveis durante a falência seriam extraconcursais.

O inc. XIII do art. 99, a exemplo do inc. V do art. 52, ordena a comunicação das Fazendas Públicas em que o falido tiver estabelecimento, via carta, para que tomem conhecimento da decisão que decretou a quebra do devedor.

O parágrafo terceiro do art. 108 determina que os produtos dos bens penhorados deverão ser entregues à massa, cumprindo ao juiz deprecicar às

¹²³ Com relação à suspensão das ações e execuções fiscais quando da decretação da falência o legislador não foi claro. Pela análise literal do inc. III do art. 52, do inc. V do art. 99 e do § 7º do art. 6º da Lei pode-se concluir que realmente as ações fiscais são suspensas com a decretação da falência. Pois o § 7º do art. 6º fala somente em recuperação judicial, e enquanto o inc. III do art. 52 determina que o juiz ordenará a suspensão de todas as ações com ressalva das trabalhistas, fiscais e daquelas em que se demande quantia ilíquida, no inc. V do art. 99 a ressalva abrange somente as trabalhistas e aquelas em que será necessária posterior liquidação. O Professor Manoel Justino Bezerra Filho partilha dessa posição. Para ele as causas fiscais são suspensas com a decretação da falência, já que não há, nessa parte da Lei, a exceção prevista para a Recuperação Judicial no parágrafo sétimo do art. 6º. Segundo ele: “a nova lei trouxe inovação neste aspecto, pois permite, o prosseguimento das execuções fiscais, apenas no caso de recuperação judicial, ressaltando unicamente esta situação no §7º do art. 6º. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 203). Em contrapartida Carlos Klein Zanini acredita que, em decorrência do previsto pelo art. 187 do CTN, “as causas fiscais, tanto podem prosseguir quanto – mesmo após a decretação da quebra – ser propostas fora do juízo da falência. (ZANINI, Carlos Klein. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 336). Parece, no entanto, que tem razão o segundo autor, pois não há sentido na suspensão das ações e execuções fiscais se elas não são atraídas (*vis attractiva*) pelo juízo universal.

¹²⁴ A Emenda nº 14 proposta pelo senador Arthur Vergílio no Senado estipulava a submissão das causas fiscais ao juízo falimentar universal. A Emenda foi rejeitada por violação ao art. 187 do CTN. (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Complemento aos pareceres n. 559 e 560 de 2004.** Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 93)

autoridades competentes para sua entrega. Tal dispositivo elucida que as causas de natureza fiscal não se submetem ao juízo universal falimentar. Contudo, o produto decorrente de penhora efetuada em execução fiscal deverá ser transferido para a conta da massa falida vinculada ao juízo. No regime anterior, o § 4º do art. 70 previa que os próprios bens (e não o seu produto) penhorados deveriam ser entregues à massa, salvo se a penhora tivesse sido realizada em execução não suspensa pela decretação da falência. No caso específico das execuções fiscais os tribunais já vinham entendendo que o produto da penhora deveria ser repassado à massa falida, em conformidade com o disposto na legislação atual.¹²⁵

O inciso II do art. 141 traz uma importante inovação ao sistema falimentar brasileiro, principalmente para o alcance da otimização dos bens do falido, ao dispor que nas alienações conjunta ou separada de ativos não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive nas de natureza tributária, trabalhistas e acidentárias.

O art. 146 dispensa a massa falida de apresentar certidões negativas para fins de realização do ativo. Essa norma é de suma importância, haja vista que a exigência de apresentação, pela massa falida, de certidões negativas de débito tributário, poderia inviabilizar a realização do ativo, pois geralmente o devedor apresenta débitos tributários elevadíssimos.¹²⁶ Cabe aqui uma indagação: se o legislador reconheceu que a exigência de certidões negativas poderia inviabilizar a realização do ativo na falência, porque manteve tal exigência para a homologação do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores?

Essa exigência, se for aplicada pelos magistrados, inviabilizará a utilização do instituto da recuperação judicial.

Por fim, o art. 161, que trata do instituto da recuperação extrajudicial, em seu primeiro parágrafo, enumera que os créditos trabalhistas (salariais e acidentários),

¹²⁵Ver decisões do STJ nos Resp 700791/RS; Resp 118148/RS; EResp 444964/RS; Resp 443558/RS; Resp 541945/RS.

¹²⁶O art. 146 da LRE veio para concretizar a posição que já vinha sendo tomada pelos nossos tribunais, no sentido de não aplicação, por ser totalmente desmedida, da norma contida no art. 31 da Lei 6.830 de 1980 (Lei de Execuções Fiscais). Tal dispositivo previa que nos processos de falência e concordata nenhuma alienação seria autorizada sem a prova de quitação da dívida ativa ou a concordância da Fazenda Pública. O STJ já tinha se pronunciado sobre o assunto no Resp 25.799/SP de relatoria do ministro César Asfor Rocha, no sentido de ser possível a alienação sem a prova de quitação da dívida ativa ou da concordância do Fisco. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 336)

os fiscais e aqueles excetuados nos §§ 3º e 4º do art. 49, não estão sujeitos ao plano de recuperação extrajudicial proposto pelo devedor. E o parágrafo quarto do mesmo artigo dispõe que a homologação do plano apresentado pelo devedor não acarretará a suspensão das ações e execuções dos credores não sujeitos a essa espécie de recuperação.¹²⁷

Importante, nesse momento, destacar a situação do fisco na recuperação de empresas e na falência.

O crédito tributário, assim como acontecia na concordata, não se submete aos efeitos da recuperação (judicial ou extrajudicial). Assim, ações e execuções fiscais continuam seu trâmite normal, não sendo suspensas pelo deferimento do pedido de recuperação judicial ou pela homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial.

Essa exclusão do fisco decorre principalmente da natureza do instituto de recuperação de empresas. Pois, tal instituto consubstancia-se em uma espécie de acordo efetivado entre o devedor e seus credores, no qual são tomadas certas decisões e escolhidos certos caminhos aptos à salvaguarda da empresa.¹²⁸ É um processo de negociação (*structured bargaining*) realizado entre a empresa devedora e seus credores, que poderá ser mais regulado (recuperação judicial) ou menos regulado (recuperação extrajudicial) pela Lei.¹²⁹ No entanto, apesar dos dois institutos se diferenciarem pela intensidade de intervenção do poder judiciário (na recuperação judicial todo o processo de negociação é feito sob o crivo do judiciário

¹²⁷Realmente existem motivos para a exclusão desses créditos da recuperação extrajudicial. A sua característica mais acentuada de acordo privado realizado entre devedor e credores, já que não possui desde a sua origem a intermediação do poder judiciário, fez com que algumas ressalvas fossem tomadas. Quanto aos créditos trabalhistas destaca-se sua relevante importância social (já que possui natureza alimentar) e sua proteção constitucional (art. 1º, inc. IV; art. 7º e seguintes; e art. 170 da CF de 1988). Não podendo descartar a hipótese do empregador (devedor) utilizar de ameaças para exercer seu poder sobre os empregados (que possuem como único bem sua força de trabalho), obrigando-os a pactuar um acordo extremamente prejudicial. No que se refere aos créditos tributários, a principal razão da exclusão é a falta de discricionariedade do administrador para negociar as dívidas tributárias fora dos termos legais (princípio da legalidade). E com relação aos créditos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49, a razão foi de ordem política, tendo em vista o objetivo de redução do custo do crédito no Brasil.

¹²⁸PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

¹²⁹Aqui não há referência ao processo especial de recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte porque para o objetivo da distinção feita, tal procedimento se assemelha ao da recuperação judicial de empresas.

enquanto na recuperação extrajudicial a negociação é estritamente privada cabendo ao judiciário somente a sua homologação para produção dos efeitos legais), ambos possuem em comum a exigência de um acordo de interesses, alcançado mediante um longo processo de “barganha”, para produzir os resultados esperados.

Como a Administração Pública, que só pode agir por permissão legal, não possui a discricionariedade de transigir sobre seus créditos, senão nos termos da Lei, seria inútil a inclusão do fisco nos procedimentos de recuperação de empresa.¹³⁰

Contudo, ao invés de deixar que as Fazendas Públicas cobrassem seus créditos paralelamente ao processo de recuperação, sem nele influir, já que não estão sob os seus efeitos, o legislador, resolveu estabelecer a exigência de quitação de todos os débitos tributários para que o plano de recuperação judicial pudesse ser homologado pelo magistrado. Inviabilizando, dessa maneira, a plena utilização do novo instituto criado pela Lei 11.101 de 2005.

Importante refletir sobre o porquê da inclusão dessa exigência somente para a homologação do plano de recuperação judicial, e não para a homologação do plano de recuperação extrajudicial?

Por que exigir que o devedor, cujo plano fora aprovado pela maioria dos credores, tenha que quitar (ou parcelar) todos os seus débitos fiscais para obter a concessão de sua recuperação judicial, se o fisco não está a ela submetido?

São questões que aclaram a infelicidade do legislador ao redigir o art. 57 da LRE.

Agora passemos para a falência.¹³¹

Por ser uma execução coletiva universal, baseada no princípio da *par condicio creditorum*, que visa à arrecadação da totalidade do patrimônio do devedor

¹³⁰Foi rejeitada no Senado Federal a Emenda nº 13, proposta pelo senador Antero Paes de Barros, que previa a modificação do art. 68 para a submissão das Fazendas Públicas e do INSS à recuperação judicial. Contudo foi rejeitada sob o argumento de que o Fisco não tem discricionariedade para transigir sobre os seus créditos. (BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Complemento aos pareceres n. 559 e 560 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 93)

¹³¹“A falência é, em nosso entender, a solução judicial da situação jurídica do devedor-comerciante que não paga no vencimento obrigação líquida.” (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 6)

para satisfazer os créditos dos credores,¹³² a falência necessariamente engloba sob o seu manto todas as espécies de créditos.

É por isso que os créditos tributários são afetados pela decretação da falência da empresa, mesmo que suas ações e execuções não sejam atraídas pelo juízo universal falimentar.

Importante destacar, na falência, a nova ordem de classificação dos créditos, pois ela reflete as preferências do legislador contemporâneo.

Destarte, verifica-se que a modificação mais relevante na nova classificação dos créditos falimentares foi a inversão de posições entre os credores com garantia real e os credores tributários. No regime anterior os créditos tributários tinham privilégio de recebimento frente aqueles decorrentes de garantia real. Na LRE o crédito com garantia real superou o tributário na ordem de classificação (art. 83, inc. II e III). Perdendo importância o fundamento que outrora justificava o privilégio dos créditos tributários.¹³³

A propósito, a ordem de pagamento dos credores na falência ficou assim definida: a) em primeiro lugar as compensações das dívidas vencidas até o dia da decretação da falência (art. 122); b) após seguem os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos em até três meses antes da decretação da falência no limite de cinco salários-mínimos por trabalhador (art. 151); em terceiro lugar as despesas urgentes e indispensáveis à administração da falência (art. 150); logo após as restituições em dinheiro (art. 86); depois os credores extraconcursais na ordem prevista pelo art. 84 da Lei; e por último os credores concursais na ordem pré-estabelecida pelo art. 83 da Lei (credores trabalhistas, com garantia real, fiscais, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários, multas contratuais e subordinados).

¹³²PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n.19. jul-set/2009. p. 12.

¹³³“En la actualidad, en efecto, existe una opinión generalizada en pro de la supresión de los privilegios de que tradicionalmente han gozado los créditos del Fisco y, en general, los otros acreedores públicos, sustentada en la existencia de un cambio en el fundamento que em otras épocas se ha esgrimido para justificar el reconocimiento del privilegio.” (LEDESMA, Carmen Alonso. Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. In: VILLAYERDE, R. G; UREBA, A. A; EZGUERRA, J. P. **Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal**. Madrid: Editorial Dilex, 2003. p. 383)

Essa inversão na classificação dos créditos demonstra os interesses do legislador concursal brasileiro, que considerou de maior importância a redução do custo do crédito no Brasil (para o alcance de um patamar elevado de desenvolvimento econômico) em vista dos interesses políticos de arrecadação fiscal.

Nesse momento, torna-se oportuna a citação de Francisco Satiro de Souza Jr:

“A diferenciação de tratamento através dos privilégios tem sua razão de ser na necessidade de se prover o equilíbrio dos interesses em jogo no procedimento concursal. Com efeito, os credores sujeitos aos efeitos da falência e da recuperação não representam um grupo homogêneo. São diversas as peculiaridades de seus interesses, suas carências e seu grau de ingerência na constituição do crédito. Da mesma forma, sua não satisfação pode acarretar consequências proporcional e subjetivamente diversas, com diferentes reflexos, inclusive sociais.”¹³⁴

A título de curiosidade, observa-se que durante a tramitação do projeto no Senado Federal, a então senadora Heloísa Helena propôs a Emenda nº 48 ao projeto básico, a qual previa a manutenção da ordem de pagamento do regime anterior, recolocando os credores fiscais à frente dos com garantia real. Não obstante, tal emenda foi rejeitada sob a justificativa de que a segurança concedida ao sistema de garantia serviria para alcançar um dos principais objetivos da Lei, qual seja, a facilidade de acesso ao crédito e a redução de seu custo.¹³⁵

Nota-se, desse modo, que com o advento da LRE os créditos tributários perderam uma parte de seu privilégio, decidindo o legislador por proteger outros interesses em jogo.¹³⁶

¹³⁴SOUZA JR, Francisco Satiro de. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 357.

¹³⁵BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos: Complemento aos pareceres n. 559 e 560 de 2004**. Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004. p. 105.

¹³⁶Pertinente a lição do professor espanhol Carmen Alonso Ledesma acerca da nova Lei concursal espanhola: “Pero, se entienda de una u otra manera, lo cierto es que El legislador español, em este punto, sigue la senda ya trazada por otros europeos (alemán, danes, portugués, etc.) que al reformar sus ordenamientos concursales han procedido a recortar sustancialmente los derechos de preferència, reconociéndolos únicamente a favor de aquellos acreedores cuyo crédito, em las circunstancias actuales, sigue sendo merecedor de esta especial tutela, eliminando, em cambio, aquellos otros a los que el devenir histórico há ido privando de los fundamentos que em su momento los justificaron.” (LEDESMA, Carmen Alonso. Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. In: VILLAVARDE, R. G; UREBA, A. A; EZGUERRA, J. P. **Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal**. Madrid: Editorial Dilex, 2003. p. 359)

Com efeito, a ordem de privilégios concedida ao fisco, se antes tinha razão de ser, deve ser agora contestada.¹³⁷ Os privilégios de recebimento dos créditos fiscais acabam por prejudicar os interesses dos demais credores e a economia em geral.

Prejudicam os interesses dos demais credores porque geralmente o crédito tributário (por ser o primeiro a deixar de ser pago, pela alta carga tributária e pela quantidade de juros sobre ele incidentes) consome quase a totalidade dos ativos da massa falida, nada sobrando para o rateio dos credores que estão abaixo na ordem de recebimento. Além de que as Fazendas Públicas, mesmo sendo os credores que primeiro deixam de receber no caso de crise econômica do devedor, nunca propõem pedido de falência, fazendo com que a crise, ao lastro do decorrer do tempo, se intensifique, causando a acumulação do passivo quirografário.

Prejudicam a economia, pois, ao consumir uma grande quantidade do ativo da massa, fazem com que vários credores quirografários (fornecedores, prestadores de serviço etc.) fiquem sem receber, o que pode causar uma quebra generalizada. Além do mais, o fisco possui um aparato estrutural que o permite verificar, em melhores condições aos demais credores, o início da situação de crise do devedor¹³⁸.

A mesma idéia pode ser transplantada para o processo de recuperação judicial da Lei 11.101 de 2005. Ao se exigir a apresentação de certidão negativa para a concessão da recuperação ratifica-se um privilégio desproporcional ao fisco, que nem está sujeito ao processo. Isso dificultará, e muito, a recuperação da empresa devedora, que não poderá utilizar-se do instituto, causando prejuízo para aos trabalhadores, para os consumidores, para os próprios credores e para a economia em geral.

Portanto, não é lógica a proteção concedida ao crédito tributário na recuperação judicial, já que no âmbito falimentar seus privilégios foram tolhidos.

^{137a}En consecuencia y aunque también pudieran esgrimirse ciertas justificacioens de carácter social, e incluso moral, para mantener el carácter preferencial de estos créditos (...), es lo cierto que su eliminación comporta indudables ventajas directas para el resto de los acreedores e indirectas para la economía nacional [...].”(LEDESMA, Carmen Alonso. Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. In: VILLAVARDE, R. G; UREBA, A. A; EZGUERRA, J. P. **Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal**. Madrid: Editorial Dilex, 2003. p. 384)

¹³⁸LEDESMA, Carmen Alonso. Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. In: VILLAVARDE, R. G; UREBA, A. A; EZGUERRA, J. P. **Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal**. Madrid: Editorial Dilex, 2003. p. 383.

A chance que o devedor tinha para compor com seus credores uma solução para a sua situação de crise, e, com isso, preservar a manutenção da empresa, se torna diminuta, tendo em vista a desmedida exigência do art. 57.

4. A EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO TRIBUTÁRIO COMO ENTRAVE PARA A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS.

4.1. O art. 57 da Lei 11.101 de 2005.

Como visto nos capítulos anteriores, a LRE foi editada com o intuito de compatibilizar o regime falimentar com as exigências atuais do empresariado brasileiro, ofertando um procedimento mais eficaz na tentativa de recuperação de empresas e instituindo um célere processo falimentar visando sempre à otimização dos bens do falido.

A Lei 11.101 de 2005 se consubstancia em um microssistema jurídico¹³⁹ que, apesar de não constituir um ramo autônomo do direito, possui seus próprios princípios, valores, metas e objetivos. José Marcelo Martins Proença explicita:

“A Lei 11.101 de 2005, espelhando a tendência atual da descodificação do direito, deve ser entendida de conformidade com a moderna noção de microssistema, ou seja, mesmo não configurando um ramo autônomo do direito, mas, ao contrário, entrelaçando-se entre os diversos ramos, tem principiologia própria em defesa de determinados bens jurídicos, é dotada de lógica autônoma e seu estudo ocorre em disciplina própria devido à importância e à estrutura que alcançou.”¹⁴⁰

¹³⁹Fruto do processo de descodificação iniciado no Séc. XX.

¹⁴⁰PROENÇA, José M. Martins. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 627.

No âmbito da recuperação de empresas é o art. 47 que informa a ordem principiológica a ser seguida. Pugna-se, por isso, pelo objetivo de preservação da empresa, cumprimento de sua função social e estímulo à atividade econômica.

No entanto, há um óbice à perfeita utilização do instituto, e, por consequência, ao alcance do objetivo de preservação da empresa: o art. 57 da LRE,¹⁴¹ que veio assim redigido:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Esse dispositivo impõe a exigência de apresentação pelo devedor, mesmo após a aprovação do plano pela maioria dos credores ou a decorrência do prazo do art. 55 sem objeção destes, de certidões negativas de débito tributário ou de certidões positivas com efeito de negativa, nos termos do CTN.¹⁴²

Na realidade, o art. 57 exige que o devedor que pretenda ver sua recuperação judicial concedida quite todos os seus débitos com as Fazendas Públicas federais, estaduais e municipais, ou faça o seu parcelamento nos termos da legislação vigente, em um prazo muito curto.

Ao estabelecer tal exigência, o legislador podou boa parte da efetividade do instituto da recuperação judicial de empresas, pois serão raros os casos em que o devedor conseguirá apresentar as certidões negativas (ou positivas com efeito de negativa). Ademais, essa impossibilidade não decorre da exigüidade do prazo (150 a 180 dias nos termos do § 4º do art. 6º e do § 1º do art. 56 da LRE), mas sim

¹⁴¹O art. 191-A inserido no CTN pela Lei Complementar 118 de 2005 impõe o mesmo obstáculo:

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

¹⁴²Certidão negativa consiste na expedição de certidão, pelo órgão público competente, da qual conste a inexistência de qualquer crédito tributário exigível pelos sujeitos ativos tributários. Já Certidão positiva com efeito negativo “é a certidão da qual conste a existência de crédito tributário não vencido, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou de outra forma garantida a execução, ou de crédito cuja exigibilidade esteja suspensa.” (HIN, Vanilda Fátima Maioline. Responsabilidade tributária na falência e na recuperação judicial e lei complementar nº 118/2005. In: SANTOS, Paulo Penalva (coord). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 475)

da dificuldade do devedor em crise, geralmente com um grande passivo tributário, regularizar sua situação com o fisco sem cair em estado de insolvência profunda.¹⁴³

Tal regra é desmedida e ilegal, pois vai em sentido contrário à ordem principiológica estabelecida pelo art. 47, além de causar antinomias no microssistema e violar outras disposições legais externas.

Pois bem, o art. 47 dispõe que a recuperação de empresas tem por fim a promoção da preservação da empresa e de sua função social. Isso porque reconhece os benefícios sociais acoplados à idéia de produtividade empresarial. Assim, a partir do momento que se impede a recuperação da empresa viável por meio de uma exigência impossível de ser cumprida, ou em outras palavras, a partir do momento em que se condiciona a utilização de um instituto que visa à preservação da empresa e sua função social a uma prestação impossível, se está a violar os próprios valores basilares da Lei, impedindo, de fato, a sua própria aplicação e utilização.

O raciocínio é lógico: se a empresa para usufruir do benefício concedido pela Lei, e se manter na ativa, deve satisfazer uma prestação empiricamente impraticável, ela não será beneficiada, quebrará, e a Lei será subutilizada.

No conflito entre regra e princípios, devem os últimos prevalecer.¹⁴⁴

¹⁴³“Cabe mencionar que a empresa que vier a necessitar da recuperação judicial para buscar a adequação de seu passivo à continuidade das atividades, através de uma forma possível de saldar sua inadimplência perante os credores, e considerando que na quase totalidade das empresas do país, detentoras de volumoso passivo, um dos componentes que mais contribuem para tal situação é o débito tributário, não faz qualquer sentido exigir-se certidões negativas para a realização da recuperação judicial, pois certamente não será possível o cumprimento deste requisito para quem tem, entre os seus principais credores, o Fisco.” (MIRETTO, Luiz Antonio Caldeira. In: MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. p. 276) “A exigência da quitação tributária deve ser repudiada e demonstra um tal descompasso com a realidade das empresas. Ainda que a inadimplência deve ser repudiada, certo é que o empresário se ver na difícil decisão de optar entre pagar fornecedores e manter o negócio funcionando ou postergar o pagamento do fisco. Os débitos tributários estão entre os primeiros a serem inadimplidos e lamentavelmente esta é uma realidade de todos conhecida. É preferível deixar de pagar os tributos, mesmo porque na maioria das vezes decorre da insuportável carga tributária brasileira, do que inviabilizar o empreendimento. Assim, o primeiro credor que fica sem receber é exatamente o fisco, tanto que as empresas que se encontram em desequilíbrio econômico-financeiro apresentam considerável passivo tributário.” (OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008. p. 189)

¹⁴⁴“Sendo certo que o objetivo da recuperação judicial é superar a situação de crise econômico-financeira do devedor, a exigência de certidão negativa tão somente dificultaria a obtenção do benefício, constituindo muito mais um ônus do que uma segurança para as partes envolvidas.” (OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008. p. 193)

O citado artigo ainda é causa de várias antinomias internas, sendo incompatível com diversas regras do próprio microsistema legislativo.

Verifica-se, de fato, a sua incompatibilidade com o § 7º do art. 6º. Já foi visto que tal norma prevê que as ações e execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento do pedido de recuperação judicial. Dessa maneira, fica claro que o fisco não está submetido ao processo de recuperação judicial,¹⁴⁵ podendo continuar a cobrança de seus créditos no juízo competente para isso, paralelamente ao processo de recuperação.

Mas se o fisco não está sujeito à recuperação judicial, por que se exigir a quitação dos débitos tributários do devedor para a homologação do plano? Qual o nexo existente entre a negociação efetivada entre os demais credores e o devedor e o Fisco? Qual será o prejuízo por ele sofrido?

Se determinado credor está fora do processo de negociação, ele não pode interferir negativamente, impedindo que a solução mais adequada ao caso seja alcançada. Na realidade, a decisão dos demais credores submetidos ao plano de recuperação em nada afetará os interesses da Fazenda Pública, que poderá seguir com a cobrança de seus créditos normalmente. Não há motivação para a interferência do fisco no processo de negociação dirigido pelos demais credores.

Destaca-se trecho da decisão proferida nos autos 390/2005, de lavra do Juiz de Direito Luiz Henrique Miranda, da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, citado por José Eli Salamacha:

“Ora, se não há empecilho ao ajuizamento de execuções fiscais, ou ao prosseguimento de execuções já instauradas, é desarrazoado exigir do devedor a regularização de sua situação perante o fisco para ver deferido o pedido de recuperação judicial, considerando que esta, concedida, nenhuma limitação acarretará ao direito das Fazendas Públicas.”¹⁴⁶

Pelos argumentos utilizados, importante transcrever a opinião Rubens Requião sobre a exigência de prova de quitação com a Fazenda Pública para que fossem julgadas extintas as obrigações do falido no regime do Dec. Lei 7.661 de 1945:

¹⁴⁵ Mesmo que não existisse tal norma a sua participação seria impossível haja vista a natureza negocial dessa espécie de procedimento.

¹⁴⁶ SALAMACHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 26. abr-jun/2006. p. 179.

“Nada menos lógico e justo nessa exigência. Se pagos todos os créditos sujeitos à falência, mesmo na percentagem de quarenta por cento, deve o juiz proferir sentença de encerramento, independentemente da existência ou não de créditos tributários; se os credores não estão sujeitos sequer ao processo falimentar, como no seu final, exigir-se-á participação tão decisiva desse crédito em processo do qual não participou por determinação da lei? [...]”

Se a lei excluiu peremptoriamente a participação dos créditos tributários nos processos concursais, inclusive no da falência, não devem ter eles influência no processo de seu encerramento, pois essa sentença se refere apenas aos créditos sujeitos ao referido procedimento. O fisco continua com seu direito próprio, independente do juízo universal.”¹⁴⁷

Como se vê, o pensamento acima transcrito é perfeitamente compatível com a tese ora exposta.

No sistema do Dec. Lei 7.661 de 1945, era exigida a quitação (não cabendo a hipótese de parcelamento do débito fiscal) de todos os créditos tributários para que a concordata fosse julgada cumprida. Ainda era prevista a pena de decretação da falência se tais certidões não fossem apresentadas pelo concordatário. Portanto, divergia da LRE em relação ao tempo de apresentação das certidões, à amplitude do pagamento e à consequência advinda da não quitação dos débitos.

Contudo, os tribunais brasileiros foram amenizando tal regra em face da constatação de que a maioria dos concordatários, mesmo satisfazendo todos os credores quirografários, não conseguiam, quitar seus débitos tributários a tempo (dois anos era o prazo máximo previsto no inc. II, do § 1º, do art. 156 para o pagamento de suas obrigações). Assim, para impedir que a concordata fosse convalidada em falência, mesmo tendo sido pagos todos os créditos a ele submetidos, foi criado, pela jurisprudência nacional, o pedido de desistência da concordata¹⁴⁸. De fato, não fazia nenhum sentido impedir a liberação do devedor se ainda existissem

¹⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 396.

¹⁴⁸ Nesse sentido decisão do TJ de São Paulo apresentada por Julio Kahan Mandel (MANDEL, Julio Kahan. Da convalidação da recuperação judicial em falência. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. n. 36. abr-jun/2007. p. 254) “Concordata – Desistência – Homologação sem satisfação de crédito fiscal – Admissibilidade – Crédito fazendário que não se submete aos termos da concordata – Inexistência, ademais, de credores aos quais pudesse legitimamente interessar eventual conversão da concordata em falência – Recurso não provido. À falta de credores quirografários insatisfeitos, não se justifica nem o prosseguimento da concordata e nem a convalidação dela em falência. Prejuízo inexistente para a apelante, pois sempre terá meios para haver seus créditos fiscais de forma, aliás, seguramente mais satisfatória, mesmo porque pagos os credores terá a concordatária abandonado seu estabelecimento.” (TJSP – AC 180.395-1 – Rel. Des. P. Costa Manso – 01.04.1993)

débitos tributários pendentes, pois o fisco não tinha interesse na convolação da concordata em falência, já que tinha seus próprios meios de cobrança.

Se a realidade nos mostrou, durante a vigência do Dec. Lei, que o prazo de dois anos era demasiado curto para que o devedor realizasse a quitação dos tributos, o que falar do prazo de, em média, 180 dias, estabelecido pela legislação atual?

Na verdade, espera-se que os tribunais continuem a decidir no mesmo sentido, agora na vigência da LRE.¹⁴⁹

Também o art. 35, em seu inc. I, é incompatível com o art. 57 da LRE. O art. 35, ao tratar das atribuições da assembléia-geral de credores, define, em seu inc. I, que caberá à assembléia aprovar, rejeitar ou modificar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Nota-se, que o requisito substancial para a concessão da recuperação judicial é a aprovação (tácita ou expressa) do plano pelos credores. Se os credores concordaram com o plano apresentado pelo devedor, não pode um requisito meramente formal impedir a preservação da empresa, com todos os benefícios dela decorrentes. São os credores, quem, em última análise, irão decidir sobre a viabilidade ou não da atividade do devedor. Se sua decisão for afirmativa, a recuperação deve ser concedida independentemente da apresentação de certidões negativas de débito tributário.¹⁵⁰

Da mesma maneira verifica-se antinomia entre o art. 57 e os arts. 52, inc. II, e 146 da LRE. O primeiro dispositivo determina a dispensa de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades logo após o deferimento do pedido de recuperação judicial, exceto para contratação com o Poder Público e para a concessão de benefícios fiscais. E o segundo prevê que fica a massa dispensada da

¹⁴⁹BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

¹⁵⁰Nesse ponto concorda-se com a opinião de Alberto Camiña Moreira em parecer elaborado no processo de recuperação judicial da Parmalat Brasil S.A Indústria de Alimentos, que atesta que a situação fiscal do devedor deverá ser esclarecida nos autos para que os credores tomem conhecimento da gravidade da crise pela qual o mesmo está passando. Todavia isso não significa que o credor deva apresentar certidões negativas para ver concedido seu pedido. O Estado entregou aos credores o poder de decidir sobre a continuação da atividade exercida pela empresa devedora. (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 138)

apresentação de certidões negativas para qualquer modalidade de realização do ativo.

Ora, se o legislador, sabendo que a exigência de certidões negativas inviabilizaria o exercício normal das atividades do devedor em recuperação e impediria a realização dos ativos na falência, realiza a dispensa nesses casos, por que as exige para a concessão da recuperação judicial?

Existe a consciência de que a empresa falida ou a que se sujeita ao processo de recuperação judicial é deficitária, e, portanto, possui um passivo tributário relevante. A situação é especificamente a mesma. Então, por que não liberar o devedor do óbice imposto pelo art. 57, e assim contribuir para a manutenção da atividade produtiva?

Verifica-se, que a interpretação sistemática da Lei leva a somente uma solução: liberação de apresentação das certidões negativas pelo devedor.

Outra questão interessante, que merece ser abordada, se refere ao plano de recuperação extrajudicial.

Quando se trata da espécie extrajudicial de recuperação, não há, na Lei, qualquer exigência similar a do art. 57. O pressuposto da recuperação de empresas (gênero) é o mesmo: negociação entre devedor e credores para solucionar da melhor maneira a situação de crise econômico-financeira daquele. Se o devedor demonstrar sua viabilidade o caminho a ser seguido é a recuperação, em situação oposta será decretada a sua falência.

Então por que se exigir em uma a apresentação de CND's e na outra dispensá-las? Quer dizer que na recuperação judicial o fisco tem mais interesse ou a possibilidade de seus créditos serem fraudados é maior? Isso não faz o menor sentido. E na hipótese do art. 167 que o acordo nem chegará ao conhecimento do Judiciário? Nessas situações o interesse do fisco não precisa ser protegido?

De fato, o art. 57 traduz uma superproteção às Fazendas Públicas que não se coaduna mais com o momento atual do direito falimentar brasileiro.

Com relação à violação de outras disposições legais externas ao microsistema da Lei 11.101 de 2005, inicia-se pela questão da quebra indireta da preferência legal do crédito trabalhista (salarial ou acidentário).

O art. 186 do CTN ressalta a preferência dos créditos trabalhistas e dos decorrentes de acidente do trabalho em face aos créditos tributários. A preferência é válida tanto para processos concursais e pré-falimentares como para as execuções

normais. Sempre o crédito trabalhista será satisfeito anteriormente ao crédito tributário.

Com a exigência prevista no art. 57 da Lei, se o devedor conseguir quitar seus débitos fiscais, inclusive os que já eram objeto de execução fiscal, haverá uma preterição indireta à satisfação dos créditos trabalhistas, que permanecerão aguardando a execução do plano de recuperação judicial.

Observa-se, que o Poder Público se utilizará de meios indiretos para burlar o privilégio dos credores trabalhistas, violando, assim, o art. 186 do CTN.

Importante salientar que tramita no Senado o Projeto de Lei nº 218 de 2005, de autoria do senador Pedro Simon, que decreta a revogação do art. 57 da LRE sob a justificativa acima abordada, ou seja, *“ao se exigir que o devedor apresente as certidões negativas de débitos tributários, estamos, na verdade, subvertendo a ordem de prioridades e dando preferência ao pagamento das obrigações com o fisco, que, no espírito da Lei, é o terceiro a ser efetuado.”*¹⁵¹

Ademais, constata-se que o art. 57 figura como verdadeira sanção política, por meio da qual o Poder Público restringe direitos do contribuinte como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento de tributos.¹⁵²

Se o devedor não realizar o pagamento total ou o parcelamento dos débitos tributários sem contestar judicialmente a sua validade, não terá direito à recuperação judicial.

Essa situação configura explícita violação ao direito do devido processo legal e da ampla defesa. Pois, o devedor que necessitar da concessão de recuperação para manter suas atividades, irá quitar ou parcelar os débitos fiscais sem discutir a legalidade de sua cobrança.

Importante notar que a restrição de direitos como meio de cobrança de tributos (sanção política) é repelida pelos nossos tribunais. Tendo sido a matéria sumulada nos enunciados de nº 70 e de nº 323 da Súmula do STF.¹⁵³

¹⁵¹BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 218, de 2005. **Revoga o art. 57 da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – “Lei de Falências”**. Diário do Senado Federal, 10 de junho de 2005. Disponível na internet via <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2005/06/09062005/18918.pdf>.

¹⁵²BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 136.

¹⁵³**70.** É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo.
323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Agora um argumento de caráter hermenêutico.

Para a uma correta interpretação, a Lei deve ser objeto de uma análise literal, analógica, sistemática, teleológica e histórica.¹⁵⁴

Portanto, não se pode descartar o elemento histórico da elaboração da Lei, principalmente o ocorrido durante a elaboração do diploma legislativo.

Na redação original aprovada pelo Senado Federal, no *caput* do art. 57 estava previsto o prazo de cinco dias para a apresentação das CND's, e, ainda, no parágrafo único estava prescrita a decretação da falência do devedor caso não apresentasse os documentos exigidos no *caput* do artigo.

Todavia, o projeto, quando retornou à Câmara dos Deputados para aprovação, foi modificado. O prazo de cinco dias foi excluído e a sanção de quebra pela não apresentação das CND's foi retirada da Lei. Isso significa que o legislador tinha conhecimento de que o descumprimento do contido no art. 57 não poderia ocasionar a quebra da empresa. Tal medida seria desproporcionalmente desproporcional.

Se foi excluída a sanção de quebra pela não apresentação das CND's, não faz sentido a aplicação de outra sanção - não concessão da recuperação judicial – pelo descumprimento do art. 57.

Em síntese: o devedor não pode ser prejudicado/sancionado pela não quitação de seus débitos tributários.

Por fim, destaca-se que a não concessão da recuperação judicial pela falta de apresentação das CND's pelo devedor, gera um prejuízo maior ao fisco do que se a recuperação fosse concedida sem a quitação dos débitos fiscais.¹⁵⁵

Concedida a recuperação judicial, a empresa terá melhores condições, a partir dos meios de recuperação adotados, de soerguimento e revitalização estrutural, podendo melhorar sua situação deficitária, e com o tempo superar a crise. Durante o processamento da recuperação e execução do plano, o fisco poderá

¹⁵⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 440-452.

¹⁵⁵“A quebra de uma empresa consiste necessariamente na extinção de vários postos de trabalho e igualmente de contratos com fornecedores que igualmente ficarão prejudicados. A falência do devedor gera mais reflexos negativos do que a concessão da recuperação sem o pagamento do passivo tributário.” (OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008. p. 190)

cobrar judicialmente seus créditos, sem qualquer óbice. O que, por si só, já consolida um privilégio às Fazendas Públicas.

No entanto, se a recuperação não for concedida provavelmente a empresa não terá como superar a situação deficitária, tendendo ao aprofundamento da crise e a conseqüente decretação da falência. Decretada a falência, o fisco estará submetido à ordem de classificação para o recebimento de créditos, figurando atrás dos credores trabalhistas e dos com garantia real, sem mencionar os credores extraconcursais. Denota-se não ser interessante ao Poder Público a quebra do devedor que possui condições de saneamento (viabilidade), pois, se a falência não for decretada terá maiores chances de reaver seu crédito, já que não está submetido ao processo de recuperação judicial.

4.2. Parcelamento dos débitos tributários. Solução?

Diferentemente do que ocorria na concordata, no âmbito da LRE não é necessário o pagamento integral das dívidas com o Fisco para que o juiz profira a sentença de concessão da recuperação.

Está previsto de forma literal no art. 57 que o devedor deverá apresentar certidões em conformidade com os arts. 151, 205 e 206 do CTN. Dessa maneira, poderá apresentar, conforme prevê o art. 206 do CTN, certidão positiva com efeito de negativa. Tal certidão individualiza uma de três situações: o crédito ainda não é exigível porque não ocorreu seu vencimento, o crédito é objeto de execução fiscal na qual já foi efetuada penhora ou a exigibilidade do mesmo está temporariamente suspensa.

Das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos interessa à prevista no inc. VI, do art. 151 do CTN, isto é, o parcelamento.

De fato, se o devedor realizar o parcelamento de seu débito, suspenderá a exigibilidade do crédito pelo sujeito ativo tributário, e conseguirá obter certidão apta para apresentação perante o juízo da recuperação (art. 206 do CTN).

No entanto, as atuais condições de parcelamento do débito fiscal – federal, estadual e municipal – não são condizentes com as possibilidades financeiras do devedor deficitário. A exigência de garantias, os curtos prazos para pagamento, a

excessiva cobrança de juros, são alguns dos óbices do sistema brasileiro de parcelamento fiscal.¹⁵⁶

José M. Martins Proença, comentando o art. 2º da Lei Complementar 118 de 2005 – que alterou algumas disposições do CTN para compatibilizá-lo com a nova legislação falimentar – esclarece que *“conforme a imprensa noticia reiteradamente, de acordo com as regras atuais de parcelamento, sequer 20% da empresas conseguem cumprir, nos prazos e condições estabelecidas, o parcelamento pactuado.”*¹⁵⁷ Imagine então qual é a probabilidade de uma empresa em crise conseguir cumprir as condições de pagamento. Certamente quase perto de zero. Sem falar das dificuldades burocráticas e da desorganização administrativa dos órgãos responsáveis pela expedição das referidas certidões.

Antevendo a dificuldade resultante da utilização, pelas empresas deficitárias, das condições normais de parcelamento do débito tributário, fora estabelecido no art. 68 da Lei 11.101 de 2005 e nos §§ 3º e 4º do art. 155-A do CTN, que caberia a cada esfera do poder criar lei específica regulando condições especiais de parcelamento dos tributos de sua competência para empresas em recuperação judicial.

A elaboração de uma Lei que concedesse condições especiais de parcelamento aos devedores sujeitos à recuperação judicial seria extremamente útil, e poderia servir como instrumento para superar o obstáculo imposto pelo art. 57. Contudo, ressalta-se, tal Lei deveria ser elaborada tendo em vista as peculiaridades da empresa que se sujeita ao processo de recuperação, ou seja, teria que ser compatível com as possibilidades de pagamento da empresa deficitária.

No entanto, constata-se que após quase quatro anos da promulgação da LRE a Lei não foi editada no âmbito federal, muito menos nas esferas estaduais e municipais.

Existe um projeto de Lei federal no Senado, tombado sob o nº 245 de 2004, que trata da matéria. Todavia, trata-a de maneira inconsistente. Não difere muito das normas “gerais” de parcelamento existentes ao estabelecer o prazo máximo de 84

¹⁵⁶PROENÇA, José M. Martins. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 633.

¹⁵⁷PROENÇA, José M. Martins. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 641.

meses – para microempresas e empresas de pequeno porte – e de 72 meses – para as demais – para adimplir todas as parcelas do acordo (art. 7º do PLS 245 de 2004). Além do mais, deixa por conta da entidade competente para conceder o parcelamento o estabelecimento do valor mínimo de cada parcela e impõe juros excessivos que certamente impedirão o cumprimento do parcelamento (art. 8º).

Como se não bastasse a mediocridade das condições de parcelamento ofertadas, o PLS ainda tenta ressuscitar a proposta do Senado, barrada pela Câmara dos Deputados, de previsão de prazo – agora de 30 dias – para a apresentação das certidões negativas e da decretação da falência do devedor sujeito à recuperação que não apresentar de forma tempestiva as referidas certidões. Como já explanado anteriormente nesse trabalho, isso é um absurdo sem tamanho.

Concluí-se, portanto, que a possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa prevista no art. 57 é inócua, pois as empresas que estão passando por dificuldades econômico-financeiras não possuem condições de suportar as condições “gerais” de parcelamento do débito tributário, e a Lei específica que deveria ser editada prevendo condições especiais de parcelamento para as empresas em recuperação judicial até hoje não foi editada pelos poderes competentes, existindo somente um projeto de lei no Senado que, pela sua impropriedade, é melhor que nem venha a ser aprovado.

O papel Fisco, considerando os princípios da LRE, seria o de auxiliar a preservação da atividade empresária fixando normas benéficas de parcelamento para as empresas em crise, *“estabelecendo uma dilação dos prazos para pagamento, aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal.”*¹⁵⁸

*“A idéia, portanto, seria que o devedor, simultaneamente à negociação do plano (...), tivesse a possibilidade de parcelar seus débitos tributários perante as fazendas (...), mediante condições especiais de parcelamento.”*¹⁵⁹

¹⁵⁸LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova lei de falências e recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005. p. 52.

¹⁵⁹MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 281.

Como não existe Lei específica que regule de maneira condizente o parcelamento das empresas em recuperação judicial, não há como aplicarmos o art. 57, sob pena de inviabilizar a recuperação das empresas em crise.

Além disso, mesmo se a Lei já tivesse sido elaborada, nada impediria que o juiz, no caso concreto, desconsiderasse o art. 57 pelos motivos antes expostos, e concedesse a recuperação judicial ao devedor que não quitou seus débitos nem conseguiu seu parcelamento na forma da Lei.

4.3. O art. 57 da Lei 11.101 de 2005 e sua incompatibilidade com os princípios constitucionais.

Toda a atividade do jurista deve estar fundamentada na Constituição, por se tratar de norma hierarquicamente superior, que se encontra no ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Os valores primordiais da ordem jurídica nacional estão condensados em princípios, que servem como “*normas-chaves de todo os sistema jurídico.*”¹⁶⁰

Os princípios são normas flexíveis e de caráter aberto que possuem função estruturante, já que indicam quais são os valores fundamentais de cada sistema jurídico. É por isso que as normas infraconstitucionais devem sempre estar fundamentadas em algum princípio de ordem constitucional, não podendo ir em sentido contrário sob pena de inconstitucionalidade.

No capítulo da ordem econômica constitucional, mas especificamente no art. 170 da CF de 1988, foram definidos os princípios da atividade econômica, sob a previsão de que a ordem econômica nacional é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna

¹⁶⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 286.

conforme os postulados da justiça social.¹⁶¹ Destaca-se, também, que os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa estão previstos no inc. IV do art. 1º da CF como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Transportando tais preceitos para a teoria da empresa e para o Direito Falimentar, verifica-se que o exercício da atividade empresarial é livre a todos, contudo o seu titular não pode olvidar da valorização do trabalho humano e da busca de uma existência digna a todos, isto é, o Estado reconhece a importância da atividade empresarial como fonte geradora de riquezas, desenvolvimento e bem-estar social, mas determina que o titular da atividade respeite e leve em consideração, quando do seu exercício, o rol de interesses externos que gravitam em torno da empresa.

Buscando garantir os princípios elencados no art. 170 da CF, a LRE estabeleceu um processo de recuperação de empresas, na tentativa de auxiliar a manutenção da atividade empresarial, e impedir que inconstâncias externas (crises financeiras) ou internas (desorganização administrativa) levassem à extinção da empresa, prejudicando todos os interesses a ela coligados.

O art. 57 da LRE, ao impedir a tentativa de recuperação da empresa, aprofundando sua situação deficitária, viola os princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV), da livre concorrência (art. 170, inc. IV), da valorização do trabalho humano (art. 1º, inc. IV), da busca do pleno emprego (art. 170, inc. VIII) e indiretamente o da própria dignidade do ser humano (art. 1º, inc. III).¹⁶² Por isso, deve ser considerado inconstitucional.

Bem ou mal, fato é que a LRE instituiu um instrumento para a salvaguarda da empresa, entidade fundamental para o desenvolvimento do país na medida em que produz riquezas, gera postos de trabalho, estimula a atividade econômica, contribui para as receitas estatais etc. Impedir as tentativas de recuperação da empresa por

¹⁶¹Eros Roberto Grau assevera que “a ordem econômica mencionada pelo art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 11º ed. São Paulo: Editora Malheiros. p. 196)

¹⁶²“Nunca é demais lembrar que a atividade empresarial resulta em empregos e tributos, contribuindo, pois, diretamente para o desenvolvimento da sociedade, motivo pelo qual, possui papel de fundamental importância na concretização dos direitos sociais e, portanto, para o resgate do indivíduo como sujeito concreto de direitos.” (CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. p. 38)

meio de uma exigência desproporcional, que visa unicamente a tutelar os interesses do fisco no recebimento de seus créditos é inconstitucional.

Parece que o legislador não se deu conta da impropriedade cometida. A recuperação de empresas se traduz em um instrumento extremamente útil ao crescimento econômico e desenvolvimento do país, na medida em que gera uma dose de segurança jurídica e econômica para os agentes atuantes no mercado, o que faz com que se reduza o custo do crédito, e, por consequência, se estimule a exercício da atividade econômica.

Portanto, nota-se que o instituto da recuperação de empresas não possui somente interesse jurídico, na medida em que serve à proteção de valores constitucionais da justiça social, mas também interesse econômico, pois procura acalmar os agentes com uma dose de segurança, valor tão almejado atualmente no mercado.

O art. 57 da LRE também viola o princípio da proporcionalidade. Princípio fundamental implícito no corpo da Constituição, decorrente da própria existência do Estado de Direito e correlato ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).¹⁶³ O princípio da proporcionalidade se refere à correlação entre o fim e o meio utilizado para o seu alcance. Permite um controle do excesso, toda vez que o meio utilizado é inapropriado ou desproporcional para o alcance do fim almejado.

Em artigo que versa sobre a inconstitucionalidade do art. 57 da LRE, Geraldo Gonçalves de Oliveira e Alves discorre sobre a proporcionalidade /razoabilidade:

“Tais princípios se afirmam e se fundamentam nos limites do que é razoavelmente aceitável, derivando do princípio do Estado de Direito, de modo que se traduz na idéia de que, quando por diversos meios legais se pode alcançar algum fim, deve o legislador optar pelo meio menos gravoso. Assim, o princípio constitucional funciona como se fosse uma proibição para o excesso, balanceando os interesses em conflito, para que a opção do legislador atenda aos interesses públicos, de modo que os meios utilizados para realizar determinado objeto devem ser apropriados ou adaptados à melhor consecução.”¹⁶⁴

¹⁶³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 139.

¹⁶⁴ OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008. p. 191.

Para que uma medida seja proporcional deve ser: a) adequada (susceptível de alcançar o fim proposto), b) necessária (não poderá ultrapassar os limites do fim proposto; escolha do meio menos prejudicial), e c) proporcional em sentido estrito (justa medida, ponderação).

A proporcionalidade serve como elemento de controle dos atos legislativos pelo poder judiciário, impedindo que o legislador (que é pautado por interesses políticos) ultrapasse os limites da constitucionalidade no uso de sua discricionariedade.¹⁶⁵ Constitui, portanto, arma importante nas mãos do magistrado para fazer justiça ao caso concreto, auxiliando-o a evitar que a norma abstrata (elaborada pelo legislador), quando aplicada ao caso concreto, implique na violação de valores constitucionais.

Quando se analisa o art. 57 de forma sistemática, confrontando-o com os princípios da Lei 11.101 de 2005 e com os princípios constitucionais da ordem econômica, observa-se que não passa no teste da proporcionalidade.

Na ótica da recuperação judicial vê-se que a exigência de certidões negativas é desproporcional pois faz com que a decisão final dependa da anuência ou satisfação de um credor que não participou da discussão nem está sujeito ao processo em tela. O fisco não possui nenhum interesse legítimo no processo de negociação perpetrado entre devedor e demais credores, não sendo razoável que a efetividade do acordo dependa da quitação de seus créditos. É medida inadequada, desnecessária e desproporcional (sentido estrito) para o alcance dos objetivos traçados pelo art. 47 da LRE, configurando nítida inconstitucionalidade. Ainda mais porque o fisco já é privilegiado por não estar submetido à recuperação judicial, podendo prosseguir com suas ações e execuções paralelamente ao trâmite processual.

Partindo da ótica Fazendária, se o objetivo do legislador, ao redigir o art. 57, foi conceder uma proteção aos interesses fiscais, incorreu também em desproporcionalidade, já que não escolheu o meio menos gravoso à coletividade, desrespeitando o subprincípio da necessidade. Podendo o “excesso” da regra ser controlado pelo poder judiciário por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Conclui-se, assim, pela inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005, pois a medida imposta é *“excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na*

¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 421.

*moldura da proporcionalidade.*¹⁶⁶ Cabendo ao juiz, no caso concreto, desconsiderá-la toda vez que sua aplicação gerar mais prejuízos que o seu afastamento.¹⁶⁷

Constata-se que o art. 57, ao condicionar a fruição de um direito (direito à recuperação judicial) ao pagamento ou parcelamento de todos os débitos fiscais, estabelece uma cobrança indireta dos créditos (sanção política),¹⁶⁸ violando os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV).

Pois, pode vir a ser utilizado como móvel para a cobrança de tributos ilegais, porque o devedor, para conseguir certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, não irá discutir a dívida cobrada, simplesmente irá quitar seus débitos, ou aceitar os termos do parcelamento, pelo qual confessa a existência da dívida.

Desse modo, se o processo de recuperação judicial for imprescindível ao devedor, e este tiver condições de quitar ou parcelar seus débitos junto às Fazendas Públicas, lhe será tolhido o direito ao devido processo legal e à ampla defesa, porquanto não poderá discutir administrativamente ou judicialmente a legalidade da cobrança do tributo.

4.4. Possibilidade de concessão da recuperação judicial independentemente da exigência prevista no art. 57 da Lei 11.101 de 2005.

Por tudo o que foi exposto no presente capítulo, chega-se a conclusão que a recuperação judicial poderá ser concedida ao devedor mesmo na ausência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários, ou seja, quando o plano de recuperação for tácita ou expressamente aprovado pelos credores sujeitos ao pedido de recuperação, o juiz poderá homologá-lo e conceder a recuperação

¹⁶⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 398.

¹⁶⁷OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008. p. 193.

¹⁶⁸Os créditos tributários devem ser cobrados por meio de execução fiscal no termos da Lei 6.830 de 1980.

judicial, não obstante a não apresentação pelo devedor dos documentos exigidos pelo art. 57.

No caso concreto, o magistrado poderá desconsiderar a regra contida no art. 57, em síntese, pelos seguintes motivos: a) incompatibilidade com os princípios basilares do microsistema legislativo da LRE e antinomia interna com diversos dispositivos da Lei; b) ausência de Lei específica que discipline condições especiais de parcelamento para as empresas em recuperação judicial, conforme previsão dos art. 68 da LRE e dos §§ 3º e 4º do art. 155-A do CTN; e c) inconstitucionalidade material por violação aos princípios estruturantes da atividade econômica, ao princípio da proporcionalidade e aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Qual seria a utilidade de prever, em substituição da inoperante concordata, um novo instituto pré-falimentar que não será efetivamente utilizado, e por isso não poderá auxiliar na reestruturação das empresas em crise?

Se a intenção do legislador era criar uma Lei moderna que possibilitasse a preservação da empresa e todos os benefícios disso decorrentes, inclusive o aumento de segurança para os agentes no mercado, não há por que restringir a sua utilização (para não dizer impedir) mediante uma exigência que, além de ser desproporcional e ilógica, afronta vários princípios constitucionais.

Felizmente nossos juízes singulares e tribunais, conscientes do obstáculo criado à efetividade do instituto da recuperação judicial, estão flexibilizando o preceito do art. 57, deixando de aplicá-lo nos casos em que a decisão dos credores tenha sido favorável à recuperação do devedor.

Nesse sentido o seguinte aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Agravado de Instrumento. Recuperação Judicial. Aprovação do plano de recuperação judicial. Decisão que determina à devedora para apresentar as certidões negativas de débitos tributários, exigidas pelo artigo 57, da Lei nº 11.101/2005 e artigo 191-A, do CTN. Recurso interposto pela devedora. Exigência do artigo 57 da LRF que configura antinomia jurídica com outras normas que integram a Lei nº 11.101/2005, em especial, o artigo 47. Abusividade da exigência, enquanto não for cumprido o artigo 68 da nova Lei, que prevê a edição de lei específica sobre o parcelamento do crédito tributário para devedores em recuperação judicial. Dispensa da juntada das certidões negativas ou das positivas com efeito de negativas mantida. Agravo provido." (TJ/SP – AGR 574.905-4/7-00 – CEF RJ – Rel. Des. Pereira Calças – 30.07.2008)

Sobre o tema ainda destacam-se os julgados: AGR 507.990-4/8, AGR 501.786.4/3, AGR 455.187.4/0-00, AGR 454.333.4/0-00 e AGR 472.540.4/7-00, todos de lavra do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Verifica-se, que a dispensa das certidões negativas vem sendo autorizada também por juízes atuantes no primeiro grau de jurisdição, como por exemplo, nos seguintes casos: recuperação judicial da Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos (Autos 583.00.2005.068090-1, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Juiz Alexandre Alves Lazzarini), recuperação judicial da Bombril Holding S/A (Autos 583.00.2005.123223-8-426/2005, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, Juiz Caio Marcelo Mendes de Oliveira), recuperação judicial da Varig S/A Viação Aérea Riograndense (Autos 2005.001.072887-7, 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital-RJ, Juiz Luiz Roberto Ayoub) etc.¹⁶⁹

Imprescindível deixar de sublinhar, pela tamanha lucidez, trecho da decisão do Juiz Luiz Henrique Miranda, titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa-PR, nos autos de recuperação judicial nº 390/2005, reproduzida por Manoel Justina Bezerra Filho:

“Sintetizando, a exigência de apresentação de certidões comprobatórias de inexistência de débitos junto ao Fisco e à previdência, feita pelo art. 57 da Lei 11.101 de 2005, ofende o princípio constitucional da função social da empresa, malfere o princípio da razoabilidade e agride as garantias constitucionais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa dadas ao contribuinte. Por tal razão, deve a autora ser dispensada do cumprimento dessa mesma exigência, e, porque preenchidos os demais requisitos legais, ao que se soma a aprovação unânime dos credores que compareceram à assembléia-geral ao plano de recuperação, deve ser deferido o pedido inicial.”¹⁷⁰

É papel do juiz aplicar a norma de acordo com os fins sociais e com as exigências do bem comum (art. 5º da LICC), sempre buscando em cada caso o equilíbrio necessário para o alcance do valor primordial do direito – justiça distributiva. Assim, deve interpretá-la no sentido mais consentâneo com os princípios

¹⁶⁹BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 152-171.

¹⁷⁰BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 169.

e regras constitucionais, não permitindo que interesses extrajurídicos ultrapassem o limite da constitucionalidade.

Mesmo no direito comercial, aonde reinam as relações entre particulares, agentes econômicos que sempre visam uma maior eficiência, produtividade e lucratividade, existem valores e princípios, impostos pela ordem jurídica, que devem ser respeitados para o alcance do bem-estar da coletividade.

É utilizando esses valores como escudo que se deve buscar combater os excessos perpetrados pelo art. 57, para dar efetividade ao instituto da recuperação judicial, que apesar de possuir várias imperfeições, é melhor que a antiga concordata na tentativa de recuperar empresas em crises, sendo um dos poucos instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico para auxiliar o *déficit* empresarial e tentar impedir a falência – medida dotada de um grau elevado de prejudicialidade para a sociedade em geral.

5. CONCLUSÃO.

A rapidez na transformação das condições econômicas e políticas, tanto na ordem mundial como na ordem nacional, foi, e continua sendo, a nota identificadora da sociedade após a segunda guerra mundial. Nota-se, que a realidade político-econômica do início da década de cinquenta era muito diversa da realidade atual.

O Dec-Lei 7.661 de 1945, ao tratar da falência e da concordata do comerciante, foi uma Lei eficiente, na medida em que apreendeu as nuances da realidade sócio-econômica da época e transportou-as ao plano do direito, perfazendo um sistema falimentar condizente às formas de crise pelas quais passavam as empresas naquele tempo.

Contudo, com o desenvolvimento do fenômeno da globalização, com a evolução tecnológica e com a internacionalização dos mercados, a realidade empresarial sofreu modificações e surgiram novas situações fáticas que não poderiam ser resolvidas pelo sistema falimentar anteriormente vigente.

Além disso, os interesses, as necessidades e os valores que devem ser protegidos pelo direito (mais especificamente pelo direito falimentar), também sofreram modificações.

Já era tempo da elaboração de um novo diploma legal. Assim surgiu a Lei 11.101 de 2005 – Lei de recuperação de empresas e falências, que trouxe novidades em relação à antiga legislação.

Uma das principais novidades foi a substituição da concordata pela recuperação de empresas (judicial, extrajudicial ou especial), que instituiu um novo regime pré-falimentar no ordenamento jurídico brasileiro. Enfatizando a importância da empresa (atividade) para a economia nacional, a nova Lei alçou a recuperação como primeira opção, deixando a incidência da falência somente para os casos nos quais houvesse a impossibilidade de saneamento (inviabilidade de recuperação).

O objetivo da recuperação de empresas é claro: superar, utilizando-se do(s) meio(s) de recuperação mais efetivo(s) à salvaguarda da empresa (meios abertos de recuperação), a situação de crise econômico-financeira do devedor, com vistas a manutenção da fonte produtora e da proteção dos interesses dos trabalhadores e dos credores, promovendo a preservação da empresa e a sua função social e estimulando à atividade econômica.

Visualiza-se, portanto, a intersecção entre o objetivo da recuperação de empresas e os ditames constitucionais da ordem econômica, que caminham, de fato, lado a lado.

Essa ordem de idéias difere bastante daquela presente no Dec-Lei de 1945. A concordata era um instituto que refletia um favor legal ao devedor de boa-fé, que tinha como objetivo auxiliar o titular da atividade empresária, sem se preocupar com o objetivo social de preservação da empresa. Assim, ao possibilitar que qualquer devedor, desde que preenchidos os requisitos previsto em Lei, se utilizasse dos benefícios do instituto, sem realizar uma análise da profundidade da crise pela qual passava, acabava perpetuando fraudes que repercutiam negativamente na economia nacional.

A nova Lei, por sua vez, busca a preservação da empresa recuperável (e para isso utiliza-se de critérios econômicos para auferir a viabilidade do empreendimento) independentemente da manutenção de seu titular – o empresário – no comando da atividade. Logo, demonstra ser mais apta para a solução da crise empresarial.

Todavia, a efetiva utilização do novo instituto da recuperação judicial de empresas se encontra prejudicada desde a sua promulgação, com a inserção do art. 57 no texto legal. O legislador, ao compelir o devedor a apresentar certidões negativas de débito tributário como exigência para que o juiz julgue procedente o pedido de recuperação judicial, mesmo após a aprovação do plano pela assembléia-geral de credores, retirou grande parcela da efetividade do instituto, já que a maioria das empresas não terá condições de apresentar esse tipo de certidão. Vejamos por quê.

A elevada carga tributária brasileira é incompatível com a realidade do país, o que prejudica excessivamente o empresariado nacional, que se vê adstrito a pagar valores irreais em tributos sem ter a contraprestação estatal, ficando, ainda, mais exposto à fiscalização tributária pela imensa quantidade de dinheiro recolhido aos cofres públicos.

Na medida em que a situação deficitária começa a crescer, o empresário tende a tomar algumas medidas para tentar debelar a crise (redução da folha salarial, injeção de capital, negociação para a dilação dos prazos de pagamento etc.). Quando essas medidas não surtem efeito, na tentativa de permanecer em atividade, o empresário se vê obrigado a iniciar o inadimplemento de algumas obrigações. E as primeiras a deixarem de ser pagas são as obrigações tributárias, já que o Fisco não costuma propor o pedido de falência do empresário e a falta de pagamento dessas dívidas não inviabilizará a continuação da atividade, ao contrário do que aconteceria se os empregados ou os fornecedores deixassem de ser pagos.

Em síntese, existe uma impossibilidade fática ao cumprimento do art. 57 da Lei 11.101 de 2005: o devedor, por possuir imenso passivo tributário, não terá condições de quitar suas dívidas ou aderir a um plano de parcelamento fiscal até a aprovação do plano pelos credores.

No entanto, essa impossibilidade fática deve ser superada pelo direito. Cabendo aos juízes desconsiderar a previsão do art. 57 no caso concreto sempre que a sua aplicação gerar mais prejuízos do que o seu afastamento.

E o que sustenta a não aplicação desse artigo no caso concreto é: a) sua incompatibilidade com os princípios elencados pelo art. 47 e outras normas do diploma legal, na medida em que concede um privilégio exagerado ao Fisco, cujo interesse deixou de ser primordial para a nova ordem falimentar; b) a ausência de legislação específica sobre condições especiais de parcelamento para as empresas

em recuperação judicial, nos termos do art. 68 da LRE e do art. 155-A do CTN e; c) a sua contrariedade aos princípios constitucionais da ordem econômica, ao princípio da proporcionalidade, ao princípio da ampla defesa e do contraditório e ao princípio da dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. **Nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa**. São Paulo: Rumo Gráfica Editora, 1984.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101 de 2005. Comentário artigo por artigo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O Estado, a empresa e o mercado: novas tendências de direito econômico e comercial. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 39. jan-mar/2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Exposição de motivos.** Diário do Senado Federal, 07 de julho de 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação da empresa no código civil.** Curitiba: Editora Juruá, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** v .3. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v. 8. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FILHO, Calixto Salomão. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 01. abr-jun/2003.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** 8ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

GALBRAITH. John Kenneth. **O novo estado industrial.** 3ª ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1985.

GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de política econômica.** 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 11ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção do trabalho ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: Editora LTr, 2003.

IBGE. **Estatísticas do século XX**. Disponível na internet via <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtml>>. Consultado em 20 de abril de 2008.

_____. **As micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil 2001**. Disponível na internet via <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/microempresa/microempresa2001.pdf>>. Consulta em 14 de julho de 2008.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Lei de Falências e Concordata Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

LEDESMA, Carmen Alonso. Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. In: VILLAYERDE, R. G; UREBA, A. A; EZGUERRA, J. P. **Derecho concursal: Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal**. Madrid: Editorial Dilex, 2003.

LISBOA, Marcos de Barros. A racionalidade econômica da nova lei de falências e recuperação de empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge. **Direito concursal contemporâneo: acordo pré-concursal, concordata preventiva, concordata suspensiva e estudos de direito concursal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MACHADO, Rubens Approbato (coord). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith (coord). **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MANDEL, Julio Khan. Da Convolação da Recuperação Judicial em Falência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Concursos de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil**. Tomo XXVII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun/2007.

OLIVEIRA E ALVES, Geraldo Gonçalves. A inconstitucionalidade do art. 57 da Lei 11.101 de 2005 ao exigir certidão negativa de débito tributário. **Revista Tributária e de finanças públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 79. mar-abr/2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Externalidades negativas no processo falimentar e ineficiência de mercado. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n.19. jul-set/2009.

_____. Teoria da empresa em direito e economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 14. abr-jun/2006.

RECEITA FEDERAL. **Carga tributária no Brasil 2006**. Disponível na internet via <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2006.pdf>. Consulta em 23 de agosto de 2008.

REGO, José Márcio; MARQUES, Rosa Maria (org). **Economia brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito falimentar**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **Curso de direito falimentar**. v. 2. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

SALAMACHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 26. abr-jun/2006.

SANTOS, Paulo Penalva (coord). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas – Lei nº 11.101 de 2005**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SCHMIDT, Karsten. **Derecho Comercial**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

SILVA, João Calvão da; RODRIGUES, Frederico Viana. Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 36. abr-jun 2007.

SOUZA JR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101 de 2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TOKARS, Fabio. O direito empresarial e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n.19. jul-set/2009.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

USTRA, José Augusto Brilhante. **A classificação dos créditos na falência (O conceito de igualdade na Lei de Falências)**. Rio de Janeiro: Editora Eldorado, 1976.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências (Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945)**. v. 3. 4ª ed. rev. e atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. **Comentários à Lei de Falências (Dec-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

BENECKE, Dieter W *et al.* **Reformas das políticas econômicas: experiências e alternativas**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 63. jul-set/1986.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 9. jan-mar/2005.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. **O novo direito societário**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 39. jan-mar/2008.

LIMA, João Evangelista Pereira de; MULLER, Aderbal Nicolas. O custo Brasil e seus principais gravames. **Revista FAE**. v. 2. n. 2. mai-ago/1999.

LIMA LOPES, José Reinaldo. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 8. out-dez/2004.

MANDEL, Julio Kahan. **Nova lei de falências e recuperações de empresas anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Anotações sobre a função social da “empresa”. **Revista da faculdade de direito Milton Campos**. v. 13. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

PIERRI, Deborah. Lei de recuperação de empresas. **Revista de direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 25. jan-mar/2006.

RIPERT, George. **Aspectos jurídicos del capitalismo moderno**. Granada: Editorial Comares, 2001.

VALLE, Javier. Una experiencia comparada reciente: la ley concursal española. **Revista de derecho mercantil, industrial, económico e financeiro**. São Paulo: Editora Malheiros. n. 134. abr-jun/2004.

ZYLBERSZTAJN, Delcio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.